



המכון הישראלי לדמוקרטיה

פסילת רשימות

מרדכי קרמניצר

נייר
עמדה 59

ירושלים, אב התשס"ה, אוגוסט 2005

המכון הישראלי לדמוקרטיה הוא גוף עצמאי, המסייע לכנסת ולוועדותיה, למשרדים ולמוסדות ממשלתיים, לגופי השלטון המקומי ולמפלגות, באמצעות הגשת מחקרים והצעות לביצוע שינויים ורפורמות בדפוסי פעילותם.

נוסף על כך המכון הישראלי לדמוקרטיה מממש את שליחותו על ידי הצגת מידע משווה בנושאי החקיקה ובדרכי התפקוד של משטרים דמוקרטיים שונים. כמו כן הוא שואף להעשיר את השיח הציבורי ולעודד דרכי חשיבה חדשות על ידי ייזום דיונים בנושאים שעל סדר היום הפוליטי, החברתי והכלכלי בהשתתפות מחוקקים, בעלי תפקידי ביצוע ואנשי אקדמיה ועל ידי פרסום מחקריו.

עורך ראשי: אורי דרומי
מנהלת ההוצאה לאור: עדנה גרניט
עורכת הספרייה: יעל מושיוב
רכז הפקה: נדב שטכמן
עריכת לשון: תמי אילון-אורטל
הבאה לדפוס: עטרה קליגמן
עיצוב גרפי: רון הרן
סודר ונדפס בהתשס"ה ב'ארט פלוס', ירושלים

מסת"ב: ISBN 965-519-004-8

המכון הישראלי לדמוקרטיה, ת"ד 4482, ירושלים 91044
טלפון: 02-5392888 פקס: 03-5488640
דואר אלקטרוני: orders@idi.org.il
אתר האינטרנט: www.idi.org.il

© כל הזכויות שמורות למכון הישראלי לדמוקרטיה
Copyright by The Israel Democracy Institute
Printed in Israel 2005

מרדכי קרמניצר – עמית בכיר במכון הישראלי לדמוקרטיה ופרופסור למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים.

הדברים המתפרסמים בניירות העמדה אינם משקפים בהכרח את עמדת המכון הישראלי לדמוקרטיה.

תוכן העניינים

| | |
|----|---|
| 5 | מבוא |
| 11 | פרק ראשון בעיות והצדקות |
| 11 | 1. הבעייתיות שבפסילת רשימות או מפלגות |
| 14 | 2. הצדקות עקרוניות לפסילת רשימות או מפלגות |
| 17 | 3. מידתיות |
| 19 | פרק שני משפט משווה |
| 19 | 1. כללי |
| 23 | 2. גרמניה |
| 25 | 3. ספרד |
| 26 | 4. טורקיה ובית הדין האירופי לזכויות אדם |
| 31 | 5. סיכום |
| 33 | פרק שלישי על הדין הקיים ועל הדין הרצוי |
| 33 | 1. כללי |
| 36 | 2. שלילת קיום המדינה |
| 39 | 3. שלילת קיום המדינה כמדינה יהודית |
| 55 | 4. שלילת קיום המדינה כמדינה דמוקרטית |
| 57 | 5. הסתה לגזענות |
| 63 | 6. תמיכה במאבק מזוין |
| 67 | 7. מבחני הסתברות |
| 71 | 8. מועמד יחיד |
| 73 | 9. סמכות הפסילה והיקף הביקורת השיפוטית |
| 77 | סיכום |
| 78 | מקורות |
| 92 | Summary |

מבוא*

נושא החיבור הוא פסילה של רשימות ושל מתמודדים מלנסות ולהיבחר בהליך דמוקרטי. עילות הפסילה שנדון בהן נעוצות בעמדה ערכית, המהווה, לפי הנטען, סכנה לקיום המדינה או לערכיה היסודיים. סוגיה זו היא שאלה חוקתית ראשונה במעלה, ועיקרה עימות חזיתי בין עקרונות דמוקרטיים וחירויות פוליטיות, דוגמת הזכות לבחור ולהיבחר, לבין זכותה של חברה להתגונן מפני סכנות קיומיות ואחרות.¹

ראשיתה של פסילת רשימות לכנסת מצויה בפרשת **ירדור**² בשנת 1965. בית המשפט העליון, ברוב דעות, אישר אז את החלטת ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, אשר פסלה את רשימת הסוציאליסטים הערבית³ מלהתמודד בבחירות לכנסת. יסוד גישתו של בית המשפט היה שרשימה זו והארגון שזוהתה עמו חותרים תחת קיומה של מדינת ישראל. לכן, הגם שאין כל הוראת חוק פוזיטיבית המסמיכה את ועדת הבחירות או את בית המשפט לפסול רשימה מטעמים אלו, נפסק כי אין לאפשר לרשימה כזו להתמודד. מהנמקת רוב השופטים עולה אי-בהירות: האם מדובר בהגנה על עצם קיומה של המדינה, או האם מדובר בהגנה על אופייה של המדינה כמדינת העם היהודי. דעת המיעוט הייתה כי אין לפסול רשימה בהעדר בסיס חוקי לכך.

בשנת 1984, בבחירות לכנסת האחת-עשרה, שוב נדרש בית המשפט לשאלה של פסילת רשימה ללא הוראת חוק מסמיכה. אולם הפעם, בהלכת **ניימן I**,⁴ התיר בית המשפט את השתתפותן של שתי רשימות קיצוניות: 'כך'

* תודתי נתונה לעוזרי המחקר על סיועם: אלון כהן, אביטל בגין, אמיר ויצנבליט, דורון נבות ויתם בניימן. האחראיות על הכתוב היא של המחבר, מ' קרמניצר.

1 על מתח זה ראו G.H. (ed. Fox & B.R. Roth), Cambridge University Press, 2000, part IV

2 ע"ב 1/65 ירדור נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט (3) 365.

3 רשימת הסוציאליסטים זוהתה עם ארגון 'אל ארד'. להשקפה ההיסטורית של הפסיקה הנוגעת לתנועת 'אל ארד', נוכח ההווייה הפוליטית ביחס למיעוט הערבי בשנות השישים (תחת הממשל הצבאי), ונוכח פעילותה של תנועה זו בפוליטיקה הערבית בתקופה האמורה, ראו ר' חריס, 'דמוקרטיה יהודית ופוליטיקה ערבית: תנועת 'אל-ארד' בבית המשפט העליון, פלילים י' (תשס"ב-2001), עמ' 107.

4 ע"ב 2,3/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה (להלן: **ניימן I**), פ"ד לט (2) 225.

מימין ויהרשימה המתקדמת לשלום הערבית משמאל. ברוב דעות נפסק כי אין להרחיב את הלכת ירדור מעבר לטענה בדבר שלילת קיום המדינה. בתגובה חוקק המחוקק תיקון לחוק יסוד: הכנסת,⁵ בדמותו של סעיף 7א שזו הייתה לשונו:

רשימות מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת אם יש במטרותיה או במעשיה, במפורש או במשתמע, אחד מאלה:

- (1) שלילת קיומה של המדינה כמדינתו של העם היהודי;
- (2) שלילת האופי הדמוקרטי של המדינה;
- (3) הסתה לגזענות.⁶

הסמכות לפסול רשימה הופקדה בידי ועדת הבחירות המרכזית, המורכבת מנציגי המפלגות המיוצגות בכנסת, ובראשה עומד שופט בית המשפט העליון. על החלטות הוועדה (לאשר או לפסול) אפשר לערער לבית המשפט העליון.⁷ עד היום, מכוחו של סעיף זה, נפסלה מלהתמודד לכנסת רשימת 'כד' בהלכת **ניימן II** בבחירות 1988,⁸ ושוב בבחירות 1992.⁹ לעומת זאת, נדחה ערעור על החלטת ועדת הבחירות המרכזית לאשר את השתתפותה של 'הרשימה המתקדמת לשלום', שלפי הטענה היה במעשיה משום שלילת קיום המדינה כמדינתו של העם היהודי.¹⁰

התמורות הפוליטיות ומאבק הדמים שפקד את ישראל בשנים האחרונות הביאו לתיקון של סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת.¹¹ עילות הפסילה מטעמי

5 החקיקה במתכונת זו נעשתה כיעסקת חבילה' בכנסת בין השמאל, שביקש בסיס חוקי לפסילת רשימה גזענית, לבין הימין, שביקש בסיס חוקי לפסילת רשימה השוללת את קיומה של המדינה כמדינתו של העם היהודי.

6 חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 9) ס"ח 1155 (תשמ"ה), 196. לדיון בסעיף 7א האמור, בנוסחו דאז, ראו א' בנדור, 'זכות המועמדות בבחירות לכנסת', **משפטים** יח (1988), עמ' 269.

7 חוק הבחירות לכנסת ולראשות הממשלה תשכ"ט-1969, סעיפים 63, 63א, 64.

8 ע"ב 1/88 **ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה (להלן: ניימן II)**, פ"ד מב (4) 177.

9 ע"ב 2805/92 **רשימת כד נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש-עשרה**, תק-על (2) 1587. ראו גם פסילת ממשיכתה של תנועת 'כד', תנועת 'כהנא חי': ע"ב 2858/92 **מובשוביץ נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השלוש-עשרה**, פ"ד מו (3) 541.

10 ע"ב 2/88 **בן שלום נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתיים-עשרה**, פ"ד מג (4) 221.

11 חוק יסוד: הכנסת (תיקון מס' 35) ס"ח 1845 (תשס"ב) 410. במקביל תוקן חוק חסינות חברי הכנסת, ונקבע כי החסינות (המהותית) של חבר כנסת לא תחול על מעשים או

יהדותה של המדינה והיותה דמוקרטית אוחדו. התווספה עילת פסלות של רשימה התומכת במאבק מזוין של מדינת אויב או של ארגון טרור נגד מדינת ישראל. התיקון אף מאפשר פסילת מועמדים בודדים, ובלבד שהדבר יאושר על ידי בית המשפט העליון. וזו לשונו של סעיף 7א כנוסחו דהיום:

(א) רשימת מועמדים לא תשתתף בבחירות לכנסת ולא יהיה אדם מועמד

בבחירות לכנסת, אם יש במטרותיה של הרשימה או במעשיו של

האדם, לפי העניין, במפורש או במשתמע, אחד מאלה:

(1) שלילת קיומה של המדינה כמדינה יהודית ודמוקרטית;

(2) הסתה לגזענות;

(3) תמיכה במאבק מזוין, של מדינת אויב או של ארגון טרור, נגד

מדינת ישראל.

(ב) החלטת ועדת הבחירות המרכזית כי מועמד מנוע מלהשתתף

בבחירות טעונה אישור בית המשפט העליון.

[...]

לאחרונה פסק בית המשפט העליון ברוב דעות נגד פסילתה של רשימת

בל"ד הערבית, ונגד פסילתם של חברי הכנסת עזמי בשארה ואחמד טיבי.

כמו כן פסק, ברוב דעות, נגד פסילתו של ברוך מרזל, שהיה בעבר מראשי

תנועת 'כך'.¹²

את הדיון בפסילת רשימות נפתח בבדיקת הבעייתיות הכרוכה בפסילה

על רקע אידאולוגי ובהצדקות העיוניות האפשריות לפסילה מעין זו. בחינת

שיטות משפט אחרות תשמש להבנה רחבה יותר של הסוגיה. נבחן את דרכי

ההתמודדות של מדינות דמוקרטיות עם המתח בין פגיעותה של הדמוקרטיה

לבין חירויות הפרט ועם הסכנה כי בשם הגנת הדמוקרטיה ינקוט השלטון

אמצעים בלתי דמוקרטיים שיפגעו בחירויות הפרט. נמשיך בבחינת הדין

התבטאויות שאינם אקראיים ויש בהם משום שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינתו

של העם היהודי; שלילת אופייה הדמוקרטי של המדינה; הסתה לגזענות בשל צבע או

השתייכות לגזע או למוצא לאומי-אתני; תמיכה במאבק מזוין של מדינת אויב או

במעשי טרור נגד מדינת ישראל או נגד יהודים או ערבים בשל היותם יהודים או

ערבים, בארץ או בחוץ לארץ. ראו תיקון לחוק חסינות חברי הכנסת – זכויותיהם

וחובותיהם תשי"א-1951, ס"ח 1860 (תשס"ב) 504.

12 א"ב 11280/02 ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-16 נ' ח"כ טיבי, ח"כ בשארה,

פ"ד נו (4) 1.

הקיים, בפרשנותו, וביישומו על ידי בית המשפט העליון, מתוך התמקדות בפסק הדין האחרון שניתן בבחירות 2003. מבנה הדיון יהיה על פי סדר העילות המצויות בסעיף 7א. לצד סקירת הדין הקיים נציג את ביקורתנו ואת הצעותינו ליצירת מנגנון לפסילת רשימות.

עמדתנו היא כי פסילה על רקע אידאולוגי מוצדקת בשני מצבים: כאשר הרשימה פועלת נגד קיום המדינה (או באופן שיש בו כדי לסכן את קיום המדינה), וכאשר הרשימה פועלת נגד המשטר הדמוקרטי. קיומה של הצדקה עיונית זו אינה מהווה סופו של תהליך בדיקה, אלא תחילתו בלבד. יש לבחון גם את נחיצותו של אמצעי זה, את יעילותו, ואת מידתיותו. אין להצדיק, לדעתנו, פסילת רשימה או מפלגה בשל שלילת המדינה כמדינה יהודית, וקשה עד מאוד להצדיק פסילה בשל תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור נגד מדינת ישראל. עוד נטען, כי למרות גישתו העקרונית המצמצמת של בית המשפט העליון, אין הוא נוקט בה באופן מלא או עקבי. עניינו של נייר עמדה זה אינו בשאלה מהם ערכי היסוד של המדינה או בשאלת אופייה היהודי של מדינת ישראל. השאלה שנעסוק בה היא האם פסילת רשימות היא דרך ראויה להגן על מדינת ישראל כמדינה יהודית ועל ערכי יסוד אחרים; האם אמצעי זה אינו פוגע באופייה הדמוקרטי של המדינה באופן שאינו יכול להתיישב עמו.

פסילה על רקע אידאולוגי אינה מצומצמת לפסילת רשימות או מועמדים מלהתמודד בבחירות דמוקרטיות מכוח סעיף 7א האמור. היא מתקיימת גם בסמכותו של רשם המפלגות שלא לרשום מפלגה על בסיס עילות זהות לאלו המפורטות בסעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת.¹³

בית המשפט אינו נוטה לראות הבדל משמעותי בין שני הסעיפים. הנשיא ברק, לאחר ציון נקודות הדמיון, מפרט את ההבדלים המובילים לדעתו למתן פרשנות שונה לכל אחד מהסעיפים,¹⁴ ומסכם כי 'אם סמכות הפסילה

13 סעיף 5 לחוק המפלגות התשנ"ב-1992. סעיף זה מוסיף על סעיף 7א כי לא תירשם מפלגה אם קיים יסוד סביר למסקנה כי המפלגה תשמש מסווה לפעילות בלתי חוקית. כמו כן מצויה הוראה מקבילה לסעיף 7א, בסעיף 39א לחוק הרשויות המקומיות (בחירות) תשכ"ה-1965.

14 הדמיון בהוראות הוא כי שתיהן עוסקות בכוח להתמודד בבחירות, פוגעות בחירויות דומות, ובאות להגן על ערכים דומים. ההבדלים מצויים בהיותו של חוק המפלגות חוק רגיל מול חוק יסוד: הכנסת; בהבדלי לשון ונוסח; בשאלת ההידרשות למבחן סיבתיות; בכך שהגוף הפוסל בחוק המפלגות הוא מנהלי לעומת 'כנסת זוטא'; ובהיקף הביקורת השיפוטית. ראו רע"א, 7793, 7504/95, **יאסין ואח' נ' רשם המפלגות ואח'**, פ"ד נ (2) 45, 68-69.

על פי סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת היא "דקה", הרי סמכות הפסילה על פי סעיף 5 לחוק המפלגות היא "דקיקה", ומה דק ההבדל בין דק לדקיקה.¹⁵ השופטים חשין ודורנר חולקים על דעתו ביחס להבדל דק זה, וסבורים כי יש לתת פרשנות זהה לשני הסעיפים.¹⁶ אי לכך קובעת השופטת דורנר כי 'מפלגה שנמצאה עומדת בתנאי סעיף 5 לחוק המפלגות, יש לאשר את השתתפותה של רשימת מועמדים מטעמה בבחירות לכנסת על פי סעיף 7א לחוק היסודי'.¹⁷

אנו מסכימים עם הנשיא ברק כי ההבדל, למרות דקותו, חשוב. פסילת מפלגה עוד בטרם החלה לפעול, ואף בטרם הצטברו ראיות כנגדה, חמורה מבחינת מידת הפגיעה בעקרונות הדמוקרטיה יותר מאשר מניעת השתתפות בבחירות. אמנם גולת הכותרת של ההשתתפות הפוליטית היא כניסה לבית המחוקקים,¹⁸ אך גם אם רשימה אינה רשאית להתמודד בבחירות, עדיין נשמר חופש הביטוי וההתאגדות הפוליטית של המפלגה. נראה כי פסילת הרשימה ולא המפלגה היא מידתית יותר, שכן היא מאפשרת את המשך חייה ופעילותה של המפלגה.¹⁹

מעניין כי תשומת הלב הציבורית, הפוליטית והמשפטית מתמקדת בעיקר בסוגיה של פסילת רשימות. ייתכן שהדבר נובע מהתחושה כי הוצאת מפלגה באופן מוחלט מהמשחק הפוליטי צריכה להיות נדירה עוד יותר מן המעשה, הקיצוני כשלעצמו, של פסילת רשימה, וכי למעשה אין היא נחוצה בשל האפשרות של פסילת רשימה. תהא הסיבה אשר תהא, ראוי לברך על התוצאה. גם אנחנו בחרנו להתמקד בפסילתן של רשימות. היבט זה של הסוגיה עומד על סדר היום הציבורי, החוק תוקן זה מקרוב, ופסק הדין שניתן

15 שם, עמ' 69-70.

16 אומר השופט חשין: 'הבדל זה, אין הוא אך הבדל דק: הבדל דק-דק הוא, דק-מכל-דק, דק-על-דק-על-דק-אין-נבדק. מי הוא זה ואיזה הוא שיבדיל בין תכלת לכתית ובין כלב לזאב לפני עלות השחר? תכונת פלא זו ניתנה למלאכים, ולא לבני אדם, ואנו בני אדם אנו'. שם, עמ' 74. ראו גם ב רע"א 2316/96 **איזקסון נ' רשם המפלגות ואח'**, פ"ד נ (2) 529, פסקה 7.

17 **יאסין**, לעיל, עמ' 74. זאת כמובן בתנאי שלא הוצגו ראיות נוספות.

18 ראו גם סעיף 1 לחוק המפלגות התשנ"ב-1992.

19 האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות מבחינה גם היא בין הזכויות, בסטנדרטים להגבלת הזכויות. הגבלת הזכות להיבחר דורשת מבחן של 'סבירות'. הגבלת חופש ההתאגדות והביטוי דורשת מבחן צר ונוקשה יותר של "הכרחיות". ראו אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות 1966, **כתבי אמנה** 31, עמ' 269 (ICCPR). על כך ראו בהמשך ליד הערה 51.

בבחירות האחרונות היווה נקודת ציון חשובה בדמוקרטיה הישראלית. עם זאת, הדברים העקרוניים נכונים אף ביחס לפסילת מפלגות, ועל כן נדון לעתים גם במפלגות. מה עוד שכפי שנראה בהמשך, המשפט המשווה אינו עוסק כלל ברשימות, אלא במפלגות בלבד.

נציין רק כי דיוננו לא ייסב על פסילת רשימות מטעמים טכניים (כגון הגשת רשימות המועמדים בזמן, מספר חברים מינימלי) או על פסילת רשימות ומועמדים מטעמים 'פליליים'. אדם יכול שיהא מנוע מלהתמודד בבחירות אם הורשע בפלילים. אף אין מן הנמנע כי מעשיו של פלוני הבאים בגדר סעיף 7א דנן יעלו כדי מעשה פלילי. כך למשל הפקודה למניעת טרור, התשי"ח-1948, או סימנים א'1-ב' לפרק ח' שבחוק העונשין, התשל"ז-1977 העוסקים בעברות גזענות ובהתאגדויות אסורות. במקרים שפעילותו של אדם עולה כדי מעשה פלילי המקביל לעילותיו של סעיף 7א, שאלת כשירותו להתמודד בבחירות לכנסת, או לכהן כחבר כנסת, מוסדרת גם בסעיפים 6 ו-42א לחוק יסוד: הכנסת. סעיף 7א, להבדיל מהוראות החוק האחרות, מאפשר להביא לפסילתו של אדם או רשימה מלהתמודד גם אם אין במעשים עברה פלילית. נייר זה יתמקד אם כן בפסלות שבסיסה אידאולוגי-פוליטי, ולא עברייני.

1. הבעייתיות שבפסילת רשימות או מפלגות

א. פגיעה בדמוקרטיה פורמלית. דמוקרטיה בהיבט הפורמלי היא מנגנון לקבלת החלטות הנובעת מתפיסת האדם כיצור רציונלי, השווה לרעהו ביכולתו לדעת את הטוב והנכון. מכאן נובע הצורך להבטיח באורח שוויוני את יכולת ההשפעה וההשתתפות הפוליטית, על ידי מימוש זכותו של אדם ושל חבר בני אדם לגבש מצע ולהעמידו למבחן הבוחר, ועל ידי מימוש זכותו של הבוחר לבחור במצע התואם את עמדתו. פסילה על רקע אידאולוגי פוגעת בגרעין דמוקרטי זה.

ציבור האזרחים בדמוקרטיה המודרנית-הפרלמנטרית הוא שאמור לקבוע את אופי חיי החברה והמדינה ואת חלוקת המשאבים באמצעות נציגיו. לנוכח אופייה הייצוגי של הדמוקרטיה ויכולת ההשפעה המוגבלת של היחיד, מהוות המפלגות כלי חשוב ותפקידיהן רבים. המפלגות יוצרות הנהגה, משמשות כערוץ תקשורת בין השלטון והחברה, מפקחות על הפעילות השלטונית, יוצרות שלטון ייצוגי טוב יותר על ידי הגברת התחרות, ומאפשרות השגת מידע והכללה של תביעות והעדפות ליצירת סדר יום מאורגן. המפלגות משמשות כלי ביטוי לרצון האזרחים, ודרכן מממשים האזרחים את יכולת השפעתם. האזרחים, בבחירות כלליות ושוות, הם שצריכים לבחור את הרעיונות ואת תכניות הפעולה הנושאים חן בעיניהם ולנפות מתוכם את אלו שלדעתם אינם רצויים לחברה. פסילה על רקע אידאולוגי מוציאה מראש רעיונות ומצעי פעולה מסוימים מסדר היום ואינה מאפשרת לבוחר לבחור על פי מיטב הכרתו. בכך נפגע עקרון הכרעת הרוב, פגיעה הנכונה לכל סוגי הפסילה, אך תוצאתה חמורה יותר במקרה של פסילה על בסיס ערכי. בפסילה כזו סביר כי ציבור הדוגל בערכים ובתכניות שנפסלו לא ימצא את הפסילה מוצדקת. הוא עלול אף להדיר רגליו מהבחירות, ועקב כך – תוצאות הבחירות לא יסקפו נכונה את העדפות הבוחרים; כך גם נפגעת תחושת הלגיטימיות שלהן. בנוסף, העדר שיקוף של העדפות הבוחרים אינו מאפשר דיון פוליטי מלא. בהעדרו של דיון פוליטי כזה, אי אפשר להבטיח כי קובעי המדיניות יהיו ערים לטווח הדעות הרחב, וכי המדיניות הנקבעת תהיה רגישה לצרכים, לאינטרסים ולעמדות של מגוון האזרחים.

מנקודת מבט תועלתית, פסילה על רקע אידאולוגי מונעת מקבוצה מסוימת לקדם את רצונותיה ואמונותיה במסגרת הדמוקרטיה ובכפוף

לשלטון החוק. לא מן הנמנע כי דווקא הפסילה, ותחושת הקיפוח וחוסר השוויון שתלווה אותה, תגביר את האטרקטיביות של העמדות שהמפלגה שנפסלה מייצגת. עולה סכנה כי קבוצה זו תפנה להשגת מטרותיה באמצעים אלימים ושלא במסגרת החוק, אם לא תינתן לה האפשרות 'לשחרר קיטור' בתוך המסגרת הפוליטית החוקית.

ב. פגיעה בזכויות יסוד – דמוקרטיה מהותית. הדמוקרטיה היא יותר מאשר פרוצדורה. הדמוקרטיה היא משטר שקיימות בו זכויות לאדם ולאזרח. זהו משטר שהיחיד מבטא בו את עצמו ואת ערכיו, והוא מתאגד עם אחרים כדי להגשים את רעיונותיו. פסילת רשימות פוגעת בזכות לבחור ולהיבחר, וגם בזכות ההתאגדות, בחופש הביטוי ובעקרון השוויון. זכויות אלו קשורות לתפישתנו את האוטונומיה והשיפוט של הפרט כערכים חשובים ביותר. חלק בלתי נפרד מתפיסה כזו היא ההכרה בזכותו של האדם לטעות, או להאמין בעמדות הנראות לנו מוטעות ואף מסוכנות או בלתי מוסריות.²⁰ פסילה על רקע אידאולוגי מסמנת דעות מסוימות כמוטעות וכבלתי לגיטימיות ומונעת הן מהבוחר והן מהנבחר לממש את זכויותיהם ולהגשים את עצמם בדרך שבחרו. הפגיעה חמורה שכן אין בידי הבוחר או הנבחר המחזיקים באידאולוגיה שנפסלה אפשרות להתאגד או לבחור באפיק חלופי, שהרי האידאולוגיה היא שנפסלה, ומפלגה אחרת הדוגלת באותה אידאולוגיה עתידה להיפסל גם היא.

פסילת רשימות גוררת פגיעה בשוויון, כאשר מקבוצה אחת נמנעת האפשרות להתמודד בבחירות, ואילו מקבוצה אחרת אין היא נמנעת. חירותו של האדם לבטא את עצמו כאישיות חופשית, לעצב את חייו ולקדם רעיונות שהוא מאמין בהם, נפגעת גם היא. מתוך כך מתערער גם 'שוק הדעות', שהוא אחד מנימוקי היסוד שבבסיס חופש הביטוי: ריבוי הדעות והאפשרות להשמיען ולהתווכח עליהן, כאמצעים להתקרב לאמת. 'חופש הביטוי כולל את החופש לבטא את כל הדעות ואת כל ההשקפות',²¹ והוא אינו מוגבל להגנה רק על דעות מקובלות או סבירות. אמנם, חופש הביטוי נשמר בתחומו של הפרט, ואדם יכול להתבטא שלא במסגרת

20 ר' גביון, 'עשרים שנה להלכת ירדור – הזכות לבחור ולהיבחר ולקחי ההיסטוריה', **גבורות לשמעון אגרנט** (א' ברק ואח' עורכים), ירושלים תשמ"ז, עמ' 145, 151-152.

21 בג"ץ 399/85 **כהנא נ' הועד המנהל של רשות השידור**, פ"ד מא (3) 255, עמ' 281 (השופט ברק).

מפלגתית, אולם פסילת רשימות היא פגיעה חמורה בחופש הביטוי לנוכח חשיבותם של המסגרת הפוליטית, הביטוי הפוליטי והדיון הציבורי בדמוקרטיה.

לבסוף, פסילה על רקע אידאולוגי, להבדיל מפסילה על רקע עברה פלילית בעבר, מהווה מניעה מוקדמת, וככזו, הפגיעה בזכויותיהם של הרשימה או המועמד קשה יותר, משום שהבסיס לפגיעה מוצק פחות.²² יסוד הפסילה במניעת סיכון עתידי למדינה או ערכיה, והפסילה אינה מבוססת על כך שמעשיהם כיום או בעבר פסולים או אסורים כשלעצמם. על כך יש להוסיף את החשש כי בהעדר יכולת של המדינה למלא אחר דרישות ההוכחה במשפט פלילי – המגנות מפגיעה שרירותית בזכויותיו של הנאשם – ייעשה שימוש בדוקטרינת הפסלות האידאולוגית, כתחליף לענישה. שימוש פסול אפשרי אחר הוא לשם הוצאת גורם בלתי רצוי מהמשחק הפוליטי – כלומר שימוש לרעה בכוחו של הרוב הפוליטי נגד המיעוט – ובמיוחד פגיע בהקשר זה מיעוט פוליטי קבוע.

ג. מעבר לקטגוריות מוסריות. בשעה שטעמי פסילת רשימה אינם פרוצדורליים גרידא, השאלה אם רשימה מקיימת את תנאי החוק הופכת לשאלת מוסריות הרשימה, כיוון שעילות הפסילה מכוונות להוציא מן המערכת הפוליטית את מה שאינו ראוי ואינו מוסרי לדעת הרוב. שתי בעיות צומחות מהמעבר לשיח מוסרי של הפוליטיקה ומהקישור בין 'רע' לבין פסילה של רשימה. הבעיה הראשונה היא מתן הכשר למי שלא נפסל. מצד אחד, החשש ממתן הכשר עלול לדחוף לפסילה במקרים גבוליים שהפסילה בהם אינה מוצדקת. מצד שני אם יוחלט להימנע מפסילה, אישור כשרות

22 שם (השופט ברק), עמ' 300-301: 'המרכזיות של חופש הביטוי משמעותה, כי רק ודאות קרובה של סכנה ממשית לשלום הציבור, יש בה כדי להצדיק הגבלה מראש של חופש הביטוי... זוהי, לדעתי, תוצאה המתבקשת מתפיסתו של השופט אגרנט בפרשת "קול העם" שהבחין בין האחריות הפלילית לבין המניעה מראש, והגביל את זו האחרונה, כאמצעי "חריף וחמור ביותר" שניתן לנקוט בו במצבים של ודאות קרובה של סכנה של ממש לשלום הציבור... חופש הביטוי יקר הוא לנו מדי, מכדי שנפקיד בידי מומחה לשידור, שאינו בית משפט, ושאינו פועל על פי הליכי הדין הפלילי, את ההכרעה הקשה של מניעה מראש של ביטוי, אך בשל החשד כי בוצעה עבירה פלילית. הליכה בדרך זו, סופה מי ישרונו' (הדגשות המחבר). ראו עוד בעניין זה: א' קלגסבלד, 'עבירה פלילית ומניעה מוקדמת', פלילים ב' (תשנ"ג), עמ' 240. יש לזכור כי בעניינו המניעה מראש חמורה עוד יותר כיוון שעל כף המאזניים עומד לא רק חופש הביטוי כי אם הזכות לבחור ולהיבחר.

ייתן לעמדות שאולי לא היינו רוצים שייתפסו ככשרות. הבעיה השנייה היא הפיכת היריב הפוליטי ל'אויב'. סימון מי שנפסל כ'רע', אינו מאפשר הידברות וקבלת האחר, ומגביר את האיבה בין הקבוצות השונות במערכת הפוליטית ובחברה בכלל.²³ היריבות הפוליטית – דווקא במתכונתה החרिפה והנוקבת ביותר, זו היורדת אל היסודות המובהקים והחשובים ביותר, והנוגעת בעצבים החברתיים הרגישים ביותר – חיונית לדמוקרטיה. העדר מתכונת יריבותית לעימות עלולה להוביל לאדישות שסכנתה לדמוקרטיה גדולה, להקטנת התמיכה במערכת הדמוקרטית, ולהחלפת היריבות הרעיונית ביריבות על בסיס של זהויות לאומיות, אתניות או דתיות – יריבות הפוגעת בחוסנו של המשטר ובלכידותה של החברה.

2. הצדקות עקרוניות לפסילת רשימות או מפלגות

מהי המידה שדמוקרטיה יכולה להגן על עצמה בלי לפגוע במהותה? ניסוחה של שאלה זו, העומדת בבסיס הסוגיה של פסילה על רקע אידאולוגי, מעיד כי ההצדקות לפגיעה מסוימת בדמוקרטיה הכרוכה בפסילת רשימות צריכות לנבוע מיסודות הדמוקרטיה. אלה כאמור אינם מסתכמים בפרוצדורת הכרעת הרוב ובריבונות העם, אלא מקפלים בחובם מחויבות לשמירה על זכויות אדם, להפרדת רשויות, לשמירה על שלטון החוק, לעצמאות הרשות השופטת, לפלורליזם ולסובלנות. הצדקות לפסילה שאינן עולות בקנה אחד עם היגיון זה לא יוכלו להתיישב עם אופייה הדמוקרטי של המדינה. מכאן עולים שני טעמים אפשריים לפסילה: הגנה על עצם קיומה הפיזי של המדינה והגנה על המשטר הדמוקרטי שלה.

א. הגנה על הקיום הפיזי. אין מי שיחלוק על כך שמדינה רשאית להגן על עצמה במידה כלשהי, ואין היא צריכה למסור את עצמה לדורשי רעתה. מי שמבקש לחסל את המדינה, אינו רשאי להתלונן כי המדינה אינה נותנת לו את הכלים לבצע זאת. אך הוגן הוא, שמי שמבקש לקחת חלק בהליכי המדינה ובמוסדותיה יקבל עליו לכל הפחות את יסוד קיומה של המדינה.

C. Mouffe, 'The Limits of Liberal Pluralism', in A. Sajo (ed.), *Militant* 23 (2004), p. 69, *Democracy*, Utrecht: Eleven International Publishing, או בהמשך חלק ד.3(ב) על יצירת 'אנחנו' מול 'הם'.

קיום המדינה הוא תנאי הכרחי לקיומה של דמוקרטיה במדינה. בהקשר זה אפשר לטעון כי מקורו של טעם זה אינו רק בזכותה של המדינה להגן על עצמה ועל משטרה הדמוקרטי, אלא בחובתה כלפי אזרחיה להגן על עצמה מפני סכנות הנלמדות מן ההיסטוריה.²⁴ הדרך שבה יכולה המדינה לעשות זאת, בד בבד עם שמירה על אופייה הדמוקרטי, תהיה מוקד הדיון.

ב. הגנה על הסדר הדמוקרטי ועקרונותיו. מדובר בהגבלת האפשרות למיגור עקרון הכרעת הרוב עצמו (כך לדוגמה מצע הקורא לביטול הבחירות), הגבלה שמטרתה למנוע מצב פרדוקסלי שבו עיקרון זה מביא לביטול עצמו.²⁵ כמו כן, מדובר בהגבלת האפשרות לפגיעה מהותית בזכויות יסוד כגון כבוד האדם ושוויון, בשלטון החוק, בהפרדת רשויות וכדומה. שמירת עקרונות היסוד של הדמוקרטיה הכרחית לקיומן של זכויות וחירויות, שכן רק בהתקיים משטר דמוקרטי יכולות לבוא בחשבון זכויות בכלל, והזכות להיבחר בפרט. פגיעה בזכות להיבחר יכולה לעתים להיות דרך הכרחית להגנה על המשך קיומה של זכות זו ועל מכלול זכויות היסוד של האדם. אי-ההפיכות בוותור על הדמוקרטיה מחדד את הצורך בהגנה עליה – אם ימוגר המשטר הדמוקרטי, תישלל האפשרות לשוב אליו בדרכים דמוקרטיות או אף לדון בכך באופן חופשי. מבחינה זו, פסילה של רשימה אנטי-דמוקרטית מבוססת על היגיון הדומה לתפיסה הליברלית שאדם בן חורין אינו רשאי למכור את עצמו לעבדות.²⁶ וכשם שאין היחיד רשאי לשעבד את עצמו, כך הדמוקרטיה אינה סובלת שעבוד עצמי-קולקטיבי במשטר בלתי דמוקרטי, ומעדיפה אוטונומיה של קבע על פני אוטונומיה של רגע.²⁷

גם בפסילה של רשימה אנטי-דמוקרטית חלים שיקולים של הוגנות – מי שאינו מקבל את עקרונות היסוד של הדמוקרטיה אינו רשאי להשתתף ב'משחק' הדמוקרטי וליהנות מהגנת הדמוקרטיה. ראולס (Rawls) מנסח

G. Frankenberg, 'The Learning Sovereign', in *Militant Democracy*, Ibid, 24 p. 113.

25 בנדור, לעיל הערה 6, עמ' 271; גביון, לעיל הערה 20, עמ' 153.

26 ג'יס מיל, **על החירות**, ירושלים: חברה להוצאת ספרים על יד האוניברסיטה העברית, תש"ו, עמ' 192-193.

27 ישנה העדפה לאוטונומיה של קבע גם בהקשרים אחרים, למשל סעיף 15 לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996, המאפשר בנסיבות מיוחדות ביצוע טיפול רפואי באדם ללא הסכמתו.

את הרעיון כך: '[a] person's right to complain is limited to violations of principles he acknowledges himself'²⁸

כמו כן מתקיים היגיון פונקציונלי הנוגע לתפקידם של חברי הכנסת לפעול כנציגי הריבון-העם ולחובת הנאמנות כלפיו.

טעם זה מתיישב עם עקרונות הדמוקרטיה, משום שהכלל האומר שציבור האזרחים הוא שאמור לקבוע את אורחות החיים המשותפים באמצעות ממשל של נציגים, אינו מעניק לציבור האזרחים סמכות בלתי מוגבלת להחליט ככל העולה על רוחו. העקרונות הדמוקרטיים לא צמחו מתוך הכרעת הרוב, והם אינם שואבים את תוקפם מהכרעת הרוב.²⁹ על כן הגבלת יכולתו של הרוב לבטל את הדמוקרטיה, על דרך מניעת השתתפותן של מפלגות ורשימות המבקשות לבטל את הדמוקרטיה באמצעות המשחק הדמוקרטי, נאמנה לעקרונות ולאידאלים הדמוקרטיים.

ג. אופייה של המדינה. יש הטוענים לקיומו של טעם שלישי, והוא מניעת פגיעה בעניינים שבבסיס ההסכמה, או בלשונה של רות גביון 'כללי המסגרת של החברה המדינית'. גביון מכירה בכך שיש הצדקות מסוימות לפסילת רשימות, שמשמען קבלת 'ערכים תוכניים מסוימים שבשם מותר להגביל את מנגנון קבלת ההכרעות בדרך של רוב'. לדעתה, היותה של מדינת ישראל מדינה שהוקמה כמימוש חלומו של העם היהודי מצדיקה פסילת רשימה שאינה מקבלת את זכותו של העם היהודי למדינה משלו.³⁰ אולם, על אף שעילה זו מוצדקת בעיני גביון לצורך פסילת רשימה, במקום אחר היא מציינת כי פסילה כזו אינה מתיישבת עם אופייה הדמוקרטי של המדינה.³¹ בדומה, גם אריאל בנדור סבור שאפשר להגביל את הזכות להיבחר (זכות המועמדות בלשוננו) מטעמים חיצוניים לשיטה הדמוקרטית, 'והנעוצים במושכלות יסוד אשר אף את חלותם אין רואים כנובעת מהכרעת הרוב'.

J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press, 1971, p. 217.

28 על מנגנון הכרעת הרוב והצדקות לקיומו ראו די הד, 'על פי רוב?', **סוגיות יסוד בדמוקרטיה הישראלית** (ר' כהן-אלמגור עורך), תל-אביב: ספרית פועלים, 1999, עמ' 77.

29 גביון, לעיל הערה 20, עמ' 159.

30 ר' גביון, 'מדינה יהודית ודמוקרטיה: זהות פוליטית, אידאולוגיה ומשפט', **עיוני משפט** יט (תשנ"ה), עמ' 631, 647.

בנדור מסכים כי 'הגבלה כזו, להבדיל מהגבלה הבאה להגן על הדמוקרטיה (במובנה המצומצם), מהווה על פניה חריגה משיטה זאת [הדמוקרטיה]'.³²

עמדתנו היא כי טעם זה, שגם לדעת המסכימים לו אינו יכול להתיישב עם אופייה הדמוקרטי של המדינה, לא יכול להיות מוצדק כלל כבסיס לפסילת רשימות. הגבלה של הכרעת הרוב במקרה זה והפגיעה בדמוקרטיה המהותית, אינן נובעות מן הדמוקרטיה ואינן מגנות עליה. אופייה של המדינה, מעבר לגרעין הדמוקרטי שבה, אינו הכרחי לקיום המדינה או לדמוקרטיה, ולכן הפגיעה בזכויות היסוד ובהליך הדמוקרטי אינה מוצדקת. אין סיבה להעניק למייסדי המדינה כוח מוחלט לקבוע את אופייה מכאן ואילך, מה גם שחשיבותן של תפיסות היסוד ועצמת האמונה בהן אינן מחסנות מפני גישה מוטעית ומפני צורך בשינוי. עניינים שבבסיס ההסכמה צריכים להיות נתונים לשיח ציבורי ולמאבק פוליטי. יתרה מכך, תפיסות יסוד בדבר אופייה של מדינה הן תולדה של הוויה, וככאלה הן אמורות להיות דינמיות ופתוחות לשיח ציבורי. אם הם אינן נתונות לשינוי, לריענון או לחשיבה מחודשת, הן עלולות לגרור התאבנות של התפיסות ואף הפיכה שלהן לדוגמה יבשה.

3. מידתיות

הדמוקרטיה רשאית להגן על עצמה מפני פגיעה בעצם קיומה של המדינה ומפני פגיעה במשטרה הדמוקרטי. כיוון שלשם קיומה של דמוקרטיה יש צורך בכיבוד מרבי של הפרט, בריבוי של דעות ובהענקת מרב האפשרויות להתארגנות פוליטית לקידום סדר יום ציבורי, פסילת רשימות צריכה להיות נדירה. אולם, הצדקה עיונית זו אינה גוררת הכרעה ישירה בשאלה האם וכיצד להזדקק לאמצעי חריף זה. פסילת רשימות עלולה להיעשות באופן שאינו מידתי. האם אפשר להגשים את המטרות העומדות בבסיס הפסילות האידאולוגיות, עם פגיעה קטנה יותר בדמוקרטיה? האם אפשר להגן על החברה, על המדינה ועל עקרונותיה הבסיסיים בלי להרחיק קבוצות מסוימות אל מחוץ למשחק הדמוקרטי? אמצעים כאלה קיימים תמיד, כאשר מידת האפקטיביות שלהם עשויה להשתנות. האמצעי הראשון במעלה הוא, כמובן,

32 בנדור, לעיל הערה 6, עמ' 272.

הדיון הציבורי-פוליטי. לשיח הציבורי תפקיד חשוב בסימון דעות מסוימות כמסוכנות, לא ראויות או חסרות שחר. כאשר אמצעי זה אינו מועיל, ראוי לשקול איסורים פליליים מצומצמי היקף שעניינם העיקרי הוא איסור פרסומים מסוכנים, עם סיוג חסינותם של חברי הכנסת. לצדם של איסורים עונשיים, קיימות דרכים למנוע את האפשרות של קידום האידאולוגיה עצמה. הדרך המובהקת ביותר שמשתמשים בה בישראל היא מניעה של הגשת הצעות חוק גזעניות במהותן, או הצעות שיש בהן כדי לשלול את קיומה של מדינת ישראל כמדינת העם היהודי.³³ דרכים אפשריות אחרות הן מניעה של העלאת נושאים מסוימים לסדר היום של הכנסת, הליכים אתיים או הטלת קנסות על רשימות היחוטאות' בקידום אידאולוגיה פסולה וכדומה.³⁴ ברור כי גם ההכרעות לגבי אמצעים אלה ואופן השימוש בהם צריכים להיות תואמים משטר דמוקרטי. דרך אחרת היא קביעת עקרונות המדינה ויסודותיה בחוקה נוקשה. אם ייקבע בחוקה, שבפועל קשה עד מאוד לשנותה, כי מדינת ישראל היא מדינה יהודית דמוקרטית, רשימות שיבקשו לשנות עיקרים אלו לא יהיו איום של ממש, ויוכלו להשתתף בהליכים הדמוקרטיים.

דוקטרינת הפסלות האידאולוגית צריכה להיות מופעלת רק במצבים קיצוניים ביותר, שלא נותרה בהם אפשרות להגן על הדמוקרטיה אלא באמצעים שהם לכאורה לא דמוקרטיים. מניעת השתתפות בבחירות אינה המחסום הראשון (קודם לה רישום מפלגות), וגם אינה המחסום האחרון (הגבלות על חסינות חברי הכנסת).³⁵ לפסילה אידאולוגית לא צריך להיות יתפקיד מפתח בהגנה על אופייה היהודי דמוקרטי של המדינה.³⁶ לפסילה על רקע אידאולוגי תפקיד העשוי להיות מכריע, אך היא צריכה לבוא בחשבון כמוצא אחרון בלבד. יש לזכור כי בעובדה שדמוקרטיה רשאית להגן על עצמה אין כדי לקבוע כי דמוקרטיה חייבת להגן על עצמה דווקא בדרך של פסילת רשימות. נהפוך הוא, מסגרת חוקית המאפשרת פסילה היא ביטוי לחולשת המשטר הדמוקרטי והתרבות הפוליטית במדינה. בפרק הבא נתבונן כיצד מתייחסות מדינות אחרות לסוגיה זו.

33 סעיף 134(ג) לתקנון הכנסת. ליו"ר הכנסת נתונה הסמכות לדחות את הצעות החוק.
 34 ראו עוד בהחלטת האספה הפרלמנטרית של מועצת אירופה, Res. 1308 (2002), 'Restrictions on political parties in the council of Europe member states' (18.11.2002). אפשר למצוא ב: <http://assembly.coe.int/>

35 ראו גם בפסק דינו של הנשיא ברק את הדיון באמצעים השונים שציינו. עניין **בשארה**, לעיל הערה 12, עמ' 16.

36 השופטת שטרסברג-כהן, שם, עמ' 68.

1. כללי

פסילת מפלגות ורשימות מטעמים ערכיים מוכרת בעולם הדמוקרטי, אך אין היא נפוצה ביותר, וכמעט שאיננה בדמוקרטיות החזקות. מרבית המדינות הדמוקרטיות מסתפקות בהעמדת דרישות פרוצדורליות ממפלגה.³⁷ ביחס לשימוש בפסילה על יסוד ערכי, המדינות נחלקות לדמוקרטיות ותיקות, חזקות ויציבות, ולדמוקרטיות צעירות ולא יציבות שחוו בעברן משטר טוטליטרי. הגישות השונות לפסילת מפלגות נובעות מהבדלים היסטוריים ומוסדיים, דוגמת הומוגניות של החברה או מערכת חוקי בחירות ההופכת את צבירת הכוח של מפלגות לא דמוקרטיות לכמעט בלתי אפשרית. הן עשויות להתבסס גם על תפיסה שונה של הדמוקרטיה. יש מדינות שהתפיסה השלטת בהן היא של דמוקרטיה פרוצדורלית, ואילו מדינות אחרות נותנות משקל רב יותר לדמוקרטיה המהותית, גם אם יש בכך משום פגיעה בהליך הדמוקרטי. פעמים ישנה חפיפה בין החלוקות השונות. חלק ניכר מהמדינות שתפיסתן היא של דמוקרטיה פרוצדורלית הן מדינות חזקות בעלות דמוקרטיה יציבה. חלק ניכר מהדמוקרטיות הצעירות, ששלטון העבר הטוטליטרי שלהן לא הכיר בזכויותיו של האדם והאזרח, נוטות לדמוקרטיה מהותית.

בקבוצה הראשונה נמנה לדוגמה את קנדה, ארצות הברית, אנגליה, שוודיה, דנמרק, אירלנד, שאין בהן פסילת רשימות על יסוד ערכי. למדינות אלו תפיסה עקרונית סובלנית, המתבטאת גם בדרישות פרוצדורליות נמוכות, או בהימנעות מהפעלת אמצעים שונים לפסילת מפלגות, כאשר אלו קיימים. בתי המשפט הקנדיים בחנו את החוקתיות של דרישת סף של חמישים מועמדים לצורך רישום מפלגה, ובית המשפט העליון קבע כי דרישה זו מהווה פגיעה בזכות לבחור ולהיבחר, והעניק למחוקק תקופה של שנה לשנות את החוק. כיום הדרישה בקנדה עומדת על מועמד אחד בלבד.³⁸ באנגליה,

37 הוראות פרוצדורליות (כגון דרכי רישום מפלגה, חובות הגדרת מבנה המפלגה ומוסדותיה, חיוב בחירות מקדימות וכדומה) נפוצות במרבית חוקי המדינות. ראו ע' בר, 'יחיקה בנושא מפלגות במדינות דמוקרטיות', **חוק המפלגות בישראל** (ד' אבנון עורך), ירושלים ותל אביב: המכון הישראלי לדמוקרטיה/ הקיבוץ המאוחד, 1993, עמ' 17, 19-22.

38 Canada Election Act, S.C. 2000, c. 9, as amended, §68.

שם אפשר לפסול מפלגות רק במקרים של שימוש באלימות, הנטייה היא שלא להשתמש בהוראת חוק זו.³⁹ ארצות הברית אינה מסדירה כלל בחוק את פעילות המפלגות. נראה כי מדינות אלו חוששות פחות לפגיעה בהן על ידי שימוש לרעה במוסדותיהן, ולכן האפשרות לפסילה על רקע ערכי אינה נחשבת לנחוצה.

גם במדינות שאין הדבר מצוי בהן ברגיל, אפשר לזהות נכונות לשימוש במכשיר זה בשעה שסיכון בכוח הופך לאיום. המלחמה בקומוניזם בשנות הארבעים והחמישים של המאה העשרים הובילה את קנדה, אוסטרליה וארצות הברית לחקיקת חוקים מיוחדים שביקשו לעקר את כוחן של מפלגות קומוניסטיות על ידי פירוקן והוצאתן מחוץ לחוק.⁴⁰ באוסטרליה בוטל החוק מפאת אי-חוקתיות, זאת לא בשל פגיעה בערכי הדמוקרטיה, אלא בשל חקיקה בחריגה מסמכות של המחוקק הפדרלי (Commonwealth Parliament).⁴¹ בארצות הברית דחה בית המשפט העליון את הטענות בדבר אי-חוקתיות חוקים אלו, ומצא בהם הגנה עצמית מוצדקת על השלטון הדמוקרטי.⁴²

בקבוצה השנייה נמנה לדוגמה את גרמניה, ספרד, איטליה, פורטוגל, טורקיה, קוסטה-ריקה וחלק ממדינות הגוש הסובייטי לשעבר. כל אלו הן דמוקרטיות צעירות, חלקן לא יציבות, ולרובן עבר לא דמוקרטי. חששן מפני יסודות אנטי-דמוקרטיים בקרבן, שינצלו את הדמוקרטיה על מנת למוטט אותה, רב יותר, ומוביל להגבלת ההשתתפות הפוליטית בדרך של פסילה אידאולוגית.⁴³ מבין מדינות הגוש הסובייטי לשעבר, פולין, רוסיה, קרואטיה, לטביה וסלובניה אימצו את המודל הגרמני (להלן), ובחוקותיהן הגבלות מהותיות על מפלגות.⁴⁴ הונגריה, לעומת זאת, בחרה דווקא להפיק

G.H. Fox & G. Nolte, 'Intolerant Democracies', 36 *Harv. International L.J.* 1(1995), p. 23.

40 בארצות-הברית: Smith act 1940, 18 U.S.C. §2385; The communist Control Act 1954, 50 U.S.C. §§ 841-844. (החוק לא בוטל עד היום, אך הוא אינו בשימוש).

ובאוסטרליה: Communist Party Dissolution Act (1950). Australian Communist Party v. Commonwealth (1951) 83 CLR 41 המחוקק הפדרלי יכול לחוקק רק בהתאם לסמכות מפורשת שניתנה לו בחוקה.

42 Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1950). אין זהות בין המדינות מבחינת היקף ההגבלות. לדוגמה, באיטליה ובפורטוגל נאסר רק על השתתפותן של מפלגות פשיסטיות. קוסטה ריקה אוסרת על הקמת מפלגות החותרות תחת יסודות הדמוקרטיה. לדיון על גרמניה, ספרד וטורקיה, ראו להלן.

44 סעיף 13 לחוקת רוסיה אוסר על יצירת התאגדות ציבורית ועל פעילות של התאגדות ציבורית, שמטרתה או פעולותיה מכוונות לשינוי בכוח של בסיס המערכת החוקתית;

את הלקח ההפוך: בגלל עברה הטוטליטרי שהגביל את חירויות הפרט, ביקשה הונגריה לצמצם במידת האפשר את הפגיעה בחופש ההתאגדות, והאיסור היחיד בחוקתה ביחס למפלגות מתייחס לשימוש באלימות.⁴⁵

למרות ההיסטוריה השונה שלה אפשר למנות גם את צרפת בקבוצה זו, מבחינת תפיסתה את הדמוקרטיה ויחסה לפסילת מפלגות.⁴⁶ צרפת קבעה בסעיף 4 לחוקה (1958) כי המפלגות חייבות לכבד את עקרונות הריבונות הלאומית והדמוקרטיה. חוק משנת 1936⁴⁷ מסמיך את נשיא הרפובליקה לפרק קבוצות המסיתות להפגנות חמושות, קבוצות בעלות אופי צבאי וקבוצות שמטרתן פגיעה בשלמות הטריטוריאלית, הפיכת השלטון בכוח, הסתה לגזענות או אפליה קבוצתית אחרת, או הפצת תעמולה המקדמת אפליה כזו. סעיף זה הופעל נגד קבוצות קטנות בשוליים הפוליטיים. את החלטות הנשיא מבקר בית המשפט המנהלי הגבוה (Conseil d'Etat), שבחן 17 החלטות פירוק בשנים 1955-1984. בית המשפט פירש חוק זה בצורה רחבה למדי, למשל על ידי הימנעות מדרישה להוכחת מעשים פסולים והכשרת פסילה על סמך המצע בלבד.⁴⁸ בשנת 2002 נעשה שימוש בחוק לצורך פירוק והוצאה אל מחוץ לחוק של קבוצה ימנית קיצונית (Unité Radicale), לאחר שאחד מחברי הקבוצה ניסה להתנקש בנשיא צרפת.⁴⁹

מכוונות לפגיעה בשלמותה של הפדרציה הרוסית; לחתירה תחת ביטחון המדינה, ליצירת מערך מזוין, להסתה לאיבה חברתית, גזעית, לאומית או דתית. סעיף 13 לחוקת פולין קובע כי מפלגות פוליטיות וארגונים אחרים שמצעים מבוסס על שיטות טוטליטריות ועל אופני פעולה של נאציזם, פשיזם, וקומוניזם, כמו כן אלו שמצעים או פעילויותיהם מתירים שגאה גזעית או לאומית, שימוש באלימות לצורך השגת כוח או השפעה על מדיניות המדינה, או הדואגים לסודיות המבנה שלהם – החברות בהם תהיה אסורה. בפועל איסור זה אינו מיושם כלל. סעיף 2.3 לחוקה ההונגרית קובע כי כל פעילות של כל ארגון חברתי, גוף שלטוני, או אינדיבידואל, לא תהיה מכוונת לרכישה או להפעלה בכוח של כוח ציבורי, או לאחזקה בלעדית של כוח כזה וכי לכל אחד יש הזכות והחובה להתנגד לפעילות מעין זו בדרכים המותרות בחוק, אך זכות/חובה זו לא עוגנה מעולם בחוק.

46 בניגוד לחלוקה שעשינו, Fox & Nolte מסווגים את צרפת כדמוקרטיה מהותית-סובלנית, להבדיל מגרמניה או ישראל שהם מסווגים כדמוקרטיות מהותיות-לוחמניות. לעיל הערה 39, עמ' 27.

47 Law of Jan. 10, 1936 art. 1.

48 Fox & Nolte, לעיל הערה 39, עמ' 28.

49 ביום 6.8.2002, ראו 'M. Le Pen s'indigne de la dissolution d'Unité radicale', *Le Monde*, 8.8.2002. <http://assembly.coe.int/ Documents/WorkingDocs/doc02/EDOC9526AD.htm>

המשפט הבינלאומי מכיר אף הוא במניעת השתתפות של גורמים אנטי-דמוקרטיים בתהליך הדמוקרטי. האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (ICCPR), כמו גם האמנה האירופית,⁵⁰ קובעות את זכות ההתאגדות והזכות לבחור ולהיבחר בבחירות חופשיות ושוות, לצד היתר להגביל זכויות אלו בתנאים מסוימים.⁵¹ סעיף 5 ל-ICCPR אינו מתיר ליחידים, לקבוצות או למדינה, להשתמש בזכויותיהם על מנת לבטל זכויות שהוכרו באמנה. מכוח סעיף זה אפשר לקבוע כי מפלגה לא תוכל לנצל את זכותה להיבחר על מנת לשלול זכויות מאחרים. ועדת האו"ם לזכויות אדם, שדנה בפסילת מפלגה פשיסטית באיטליה, קבעה בהתאם כי מפלגות אנטי-דמוקרטיות לא ייהנו מהגנת משטר האמנה.⁵² יש להדגיש כי סעיף 5 דורש 'פתיחה בפעולה או ביצוע מעשה', ואין לפסול מפלגה מכוח סעיף זה על סמך רעיונותיה בלבד. האספה הפרלמנטרית של מועצת אירופה קיבלה בשנת 2002 החלטה בנוגע לפסילת מפלגות, ולפיה:

Restrictions on or dissolution of political parties should be regarded as exceptional measures to be applied only in cases where the party concerned uses violence or threatens civil peace and the democratic constitutional order of the country.⁵³

את עמדותיו של בית הדין האירופי לזכויות אדם, הדין בהשגות על מוסדות מדינות אירופה, נבחן ביתר פירוט בהמשך.

European Convention for the Protection of Human Rights and 50
Fundamental Freedoms 1950, ETS no. 5.

51 לכל אמנה יש נוסחאות שונות ביחס לזכויות שונות המאפשרות את הגבלתן. לפי הוראות ה-ICCPR, הגבלות הכרחיות בחברה דמוקרטית למען הביטחון הלאומי או הביטחון הציבורי או תקנת הציבור או שמירת הבריאות, המוסר, או זכויותיו של אחר, אפשריות ביחס לחופש הביטוי ולחופש ההתאגדות (סעיפים 19, 21). הגבלה על הזכות לבחור ולהיבחר (סעיף 25) תיבחן לפי סבירותה. האמנה האירופית מאפשרת להגביל את חופש ההתאגדות בחוק, ההכרחי בחברה דמוקרטית לצורך הגנה על הביטחון הלאומי וטובת הציבור או לשם הגנה על זכויות וחירויות (סעיף 11).

52 *A. v. Italy, Communication No. 117/1981*, ועדת האו"ם לזכויות אדם פועלת מכוח האמנה והפרוטוקולים הנלווים לה. ראו אצל Fox & Nolte את ההערה שיש לזכור כי המפלגה שהוועדה עסקה בה הייתה המקרה הקל. במקרים פחות חד משמעיים אין להבין את דברי הוועדה כפשוטם, ויש לבחון את סבירות או נחיצות ההגבלות שהופעלו על המפלגה (בהתאם להוראות האמנה). לעיל הערה 39, עמ' 44.

53 *Res. 1308*. לעיל הערה 34. האספה הפרלמנטרית, כמו גם בית הדין האירופי לזכויות אדם, הם גופים שהוקמו מכוחה של האמנה האירופית, והם אמונים על שמירת עקרונות הדמוקרטיה וזכויות האדם.

יש לשים לב כי בכל המדינות שיש בהן סייגים מהותיים להשתתפות בתהליך הפוליטי, מתייחסים אלו לפסילת מפלגה או לפירוקה בעת רישומה או במשך שנות קיומה.⁵⁴ לא קיים דין מקביל להוראת סעיף 7א בחוק בישראל בדבר מניעת השתתפותה של רשימה מלהתמודד בבחירות. בחרנו להתמקד בשלוש מדינות שיש בהן פסילה על רקע ערכי: גרמניה, ספרד וטורקיה. הדיון בטורקיה ישלב גם את בחינת עמדותיו של בית הדין האירופי לזכויות אדם בנוגע לסוגיה זו, שכן בית הדין הרבה בפסיקה ביחס לפסילת מפלגות בטורקיה.

2. גרמניה

עברה של גרמניה מהווה סיבה מרכזית לקיומה של פסלות אידאולוגית בכלל. דוגמה זו של דמוקרטיה שכילתה את עצמה ואת סביבתה מופיעה תדיר בפי המצדדים בפסילה על רקע אידאולוגי. עם זאת, חשוב לזכור כי גם הרפובליקת ויימר היה בסיס קונסטיטוציוני, שאפשר להוציא אל מחוץ לחוק מפלגות שהיו עוינות למשטר ולערכים שייצג.⁵⁵ על בסיס זה הוצאו אל מחוץ לחוק כשלושים מפלגות ומסגרות פוליטיות אחרות בפרוסיה לבדה, אך דווקא המפלגה הנאצית לא הוצאה אל מחוץ לחוק. כיום, הבסיס המשפטי לפסילת מפלגות מצוי בחוקה הפדרלית. סעיף 21(2) לחוקה קובע כי:

מפלגות אשר מגמת פניהן על פי מטרותיהן או על פי התנהגות תומכיהן, הנה פגיעה בסדרי היסוד הדמוקרטיים-החופשיים או הריסתם או סיכון קיומה של הרפובליקה, נוגדות את החוקה. בית המשפט הפדרלי החוקתי מכריע בשאלת האי-חוקתיות.

שתי עילות קיימות אפוא להכרזה על מפלגה כבלתי חוקתית: (1) הרס או איום על המשטר הדמוקרטי (2) סיכון הרפובליקה הגרמנית. הגורם

54 בדומה לסעיף 5 לחוק המפלגות. סעיף 5 מציב משוכה רק בעת הרישום. לאחר רישומה חשופה מפלגה לאפשרות פירוק בהוראת בית משפט בלבד, לפי הוראות סעיף 49 לחוק העמותות המפרט את עילות הפירוק, ביניהן 'העמותה או מטרותיה מכוונות לשלילת קיומה של מדינת ישראל או אופיה הדמוקרטי'.

55 סעיף 48 (2) לחוקת ויימר, וכמו כן החוק להגנת הרפובליקה מיום 21.7.1922. ראו **ניימן I**, עמ' 267-268.

המוסמך להצהיר על מפלגה כבלתי חוקתית ולהורות על פירוקה, הוא בית המשפט הפדרלי החוקתי, בעקבות בקשה המופנית על ידי שני בתי המחוקקים הגרמניים. הצהרה על מפלגה כבלתי חוקתית, יכול שתיעשה על סמך מטרות המפלגה בלבד, ולא נדרש כל יסוד הסתברותי ביחס לאפשרות מימוש מטרותיה של המפלגה.

בהיסטוריה הגרמנית שלאחר מלחמת העולם השנייה, נתבקש בית המשפט החוקתי שש פעמים לעשות שימוש בסעיף 21(2). הבקשה נדחתה ארבע פעמים ונתקבלה פעמיים.

בשנת 1952 נפסלה 'מפלגת הרייך-סוציאליסטית' (SRP) בשל היותה אנטישמית, ובשל העובדה כי מבנה המפלגה ומצעה לימדו כי הייתה המשך ישיר למפלגה הנאצית.⁵⁶ בית המשפט הגדיר את האפיונים הבסיסיים של הוראת סעיף 21 ככוללים, לכל הפחות, יחס של כבוד מצד המפלגה לזכויותיו של כל פרט במדינה, לחיים ולהתפתחות חופשית, לעקרון הפרדת הרשויות, לאחריות מיניסטריאלית, לעקרון שלטון החוק, לאי-תלות הרשות השופטת, לעקרון ריבוי המפלגות, לשוויון הזדמנויות לכל המפלגות, לרבות הזכות לפעול להתפתחות חוקתית מותרת ולקיום אופוזיציה. מפלגה חייבת לפחות להסכים בשתיקה לכל אלה על מנת להשתתף במשחק הכוחות הדמוקרטי.⁵⁷ בשנת 1956, לאחר הליכים ארוכים במיוחד, נפסלה המפלגה הקומוניסטית, שביקשה לכוון דיקטטורה של מעמד הפרולטריון.⁵⁸ בית המשפט קבע כי על מנת שמפלגה תימצא בלתי חוקתית, צריך שתהיה בעלת מצע שמטרתו המכוונת היא הריסת הסדר הדמוקרטי, והיא צריכה לפעול להגשמת המצע. מטרותיה הלא-חוקתיות של המפלגה צריכות להיות דומיננטיות ביחס לכלל מטרותיה. למרות פרשנות מצמצמת זו, לא דרש בית המשפט כל מבחן הבודק את הסתברות מימוש הסיכון.

בשנת 2000 גברו הקולות לפתוח בהליכים להכרזת מפלגת הימין הלאומנית הקיצונית ה-NPD, כבלתי חוקתית. על אף התמיכה הנמוכה שהמפלגה זכתה לה (6,500 חברים בלבד ושיעור תמיכה של 0.4% בלבד בבחירות 2002), הוחלט באוגוסט 2001 להגיש בקשה להכרזת המפלגה כבלתי

Sozialistische Reichspartei Case, 2 BverfGE 1. 56
 ט' איינהורן, **הגבלת סיעה בעלת מצע גזעני על פי סעיף 7 לחוק יסוד: הכנסת**,
 האגודה הישראלית לבעיות הפרלמנטריים, ירושלים תשנ"ד-1993, עמ' 17.
 Communist Party Case, 5 BverfGE 85. 58

חוקתית. ההליכים נפסקו בהחלטת בית המשפט החוקתי מטעמים טכניים, ולא התקיים דיון מהותי בשאלת חוקתיותה של המפלגה.⁵⁹

3. ספרד

לאחר כארבעים שנה של שלטון דיקטטורי, ספרד דמוקרטית מזה שלושים שנה. חוק המפלגות הספרדי שחוקק זמן קצר לפני חוקת ספרד (1978), קבע כי אפשר לפרק או להשעות מפלגה במקרה של פעילות המנוגדת לדמוקרטיה, או במקרה של פעילות בלתי חוקית לפי החוק הפלילי.⁶⁰ במהלך שנת 2002 החלה ממשלת ספרד לקדם סדרת תיקונים לחוק, שמטרתם העיקרית הייתה לאפשר את הוצאתה מחוץ לחוק של מפלגת Herri Batasuna. מפלגה זו, כך נטען, היא זרוע פוליטית של ארגון הטרור הבאסקי ETA, שמטרתו המוצהרת היא עצמאותו של חבל הבאסקים. למרות ביקורת לא מבוטלת בדבר הפגיעה הקשה בחירויות פוליטיות, התקבלו תיקוני החוק ביוני 2002. החוק קובע כי מפלגה תוכרז כבלתי חוקית אם יש בפעילותה משום פגיעה בעקרונות הדמוקרטיה, הפרה שיטתית של זכויות אדם, ותמיכה או מתן לגיטימציה לאלימות ולטרור כדרך להשגת הישגים פוליטיים.⁶¹ החוק מונה קשת רחבה של פעילויות הבאות בגדר עילות אלו, ואף קובע מהם המקורות שמהם אפשר ללמוד עליהן. התוצאה של הכרזה על מפלגה כבלתי חוקית היא פירוקה הקבוע או הזמני. יש להדגיש כי החוק אינו פוסל מפלגות בשל מטרותיהן או רעיונותיהן אלא רק בשל פעילותן. פעילות זו נדרשת להיות חמורה וחוזרת, ומבטאת מעל לכל ספק פגיעה בדמוקרטיה, בערכים החוקתיים ובזכויות יסוד. את הליך הפסילה רשאים להתחיל הממשלה או התובע הכללי. שני בתי הפרלמנט, כל אחד מהם ברוב קולות, רשאים להפנות בקשה לממשלה לפעול להוצאת מפלגה מחוץ לחוק, והממשלה מחויבת לעשות זאת. לאחר הגשת בקשה בידי אחד מהגופים הללו, הגוף היחיד המוסמך לפסול את המפלגה הוא הרכב מיוחד של בית המשפט העליון

59 המידע המודיעיני של רשויות הממשל נסמך על סוכנים רבים שהושתלו על ידי המדינה במוסדות המפלגה, ונהנו מתשלום עבור המידע שהעבירו, דבר שפגם לדעת בית המשפט במהימנות המידע. בית המשפט הדגיש שכיוון שאין בהחלטתו פסיקה לגופו של עניין, אין מניעה לפתוח בהליכים בעתיד, גם על בסיס עובדתי זהה.

60 Ley De Los Partidos Politicos (1978).

61 סעיף 9.2 לחוק.

(Sala Especial) הכולל 16 שופטים ומשקף את כלל בית המשפט. על הליך זה אין ערעור, מלבד האפשרות לפנות לבית המשפט החוקתי בטענה לקיפוח זכויות חוקתיות.⁶²

כחודשיים לאחר תיקון החוק פנתה הממשלה, בתמיכת רוב עצום של הבית התחתון בפרלמנט, לבית המשפט העליון, בבקשה כי יורה על הוצאתה מחוץ לחוק של מפלגת Herri Batasuna. ב-17 במרס 2003 החליט בית המשפט העליון להיענות לבקשה, ומפלגה זו, על גרורותיה בדמות המפלגות Batasuna ו-Euskal Herriarrok הוכרזו כבלתי חוקיות, פעילותן הופסקה לאלתר, רישומן נמחק מרשומות המפלגות, והחל הליך פירוק וכינוס נכסיהן.⁶³ בית המשפט הדגיש את חשיבות הפלורליזם, אך קבע כי הפלורליזם אינו פורס את חסותו על פגיעה בזכויות בסיסיות של אחרים. מטרת החוק אינה לדכא מחלוקות פוליטיות או לפסול מפלגות בשל דעותיהן. מטרתו היא הבטחת העיקרון הדמוקרטי כדרך פעולה והבטחת עליונות החוקה. בית המשפט קבע כי ארגון הטרור ETA הקים את המפלגות האמורות, ואף שמדובר בעובדה היסטורית, יש בה כדי להצביע על טבען האמתי כנותנות מחסה ותמיכה לארגון הטרור.

טענותיה של המפלגה בדבר אי-חוקתיות ההליך נדחו אחת לאחת; בכללן, טענות בדבר חופש ההתאגדות, הביטוי, היותו של החוק עמום והיותו של החוק יתפורי לפסילת מפלגה מסוימת. לטענת המפלגה כי סנקציית הפירוק אינה מיידתית, משיב בית המשפט כי עצם קיום מפלגה התומכת בטרור מטיל סכנה על הפלורליזם והסדר הדמוקרטי, ולכן לא תיתכן סנקציה אחרת זולת פירוקה.

4. טורקיה ובית הדין האירופי לזכויות אדם

טורקיה היא דמוקרטיה צעירה, העומדת בעבר ובהווה מול כוחות אסלאמיים אנטי-דמוקרטים חזקים. החוקה הטורקית מעניקה משקל רב לאחדותה

62 יש הטוענים כי ההרכב המיוחד של בית המשפט העליון יקשה על בית המשפט החוקתי לפסול את החלטותיו. להרחבה על החוק והמצב בספרד ראו V.F. Comella, 'The New Regulation of Political Parties in Spain, and the Decision to Outlaw Batasuna', In *Militant Democracy*, לעיל הערה 23, עמ' 133.

63 Tribunal Supremo, Sala Especial Art. 61 L.O.P.J. Autos acumulados num.s. 6/2002 y 7/2002 (ההחלטה ניתנה ב-17.3.2003 אך התאריך הרשמי המופיע הוא 27.3.2003).

של הרפובליקה, לחילוניותה, לטבעה הדמוקרטי, לזכויות היסוד, לשלטון החוק ולעצמאות השפיטה.⁶⁴ הבסיס החוקי לפסילת מפלגות מצוי בחוקה הטורקית. סעיף 68.4 לחוקה קובע כי:

מסמכי היסוד, תקנונים ופעילויות של מפלגות לא יהיו בלתי מתיישבים עם עצמאות המדינה, שלמות המדינה והאומה, זכויות אדם, עקרונות השוויון ושלטון החוק, ריבונות לאומית או עקרונות של רפובליקה חילונית-דמוקרטית. אף מפלגה לא תיווסד כאשר מטרתה להטיף לשליטה של מעמד חברתי או של קבוצה אחת בחברה או של דיקטטורה בכל צורה שהיא, או שמטרתה לכונן אחת מאלה.⁶⁵

סעיף 69.4 לחוקה מעניק את הסמכות לבית המשפט החוקתי להורות על פירוק מפלגה, רק לאחר שזה מצא כי המפלגה מהווה 'מוקד של פעולות מעין אלו'.⁶⁶ בית המשפט החוקתי פועל כערכאה ראשונה ואחרונה. על החלטתו אפשר להשיג באמצעות פנייה לבית הדין האירופי לזכויות אדם. תוצאות הפסילה – פירוק מוסדות המפלגה, איסור על ראשי המפלגה לשמש בתפקיד דומה במפלגה אחרת, והעברת כספיה לאוצר המדינה – מרחיקות לכת מהנהוג בישראל, ודומות יותר לתוצאות הפסילה בספרד.⁶⁷

הוראות אלו, המצויות בחוקה, נפרטות ומורחבות בחוק לרגולציה של מפלגות פוליטיות.⁶⁸ החוק מתבונן על המפלגה כגורם חשוב במדינה, התורם להתפתחותה. בהתאם לעקרונות החוקה, תובע החוק מכל מפלגה לקיים שלוש תכונות יסוד: נאמנות לדמוקרטיה,⁶⁹ הגנת הקיום ואחדות הרפובליקה,⁷⁰ ושמירה על חילוניות הרפובליקה.⁷¹ המפלגה חייבת לפעול

64 סעיף 2 לחוקה הטורקית (Constitution of the Republic of Turkey) מציין את עקרונות היסוד ומאפייניהם. ראו גם בהקדמה ובסעיפים 4, 10, 14, 22, 25, 26, 28, 30, 31, הנוגעים לזכויות פוליטיות, וזכויות אדם; סעיפים 9, 37, 79, 138, 139, הנוגעים לעצמאות השפיטה.

65 סעיף 68.4 לחוקה.

66 סעיף 69.6 לחוקה.

67 סעיף 69.8 לחוקה וסעיפים 103, 107(1) לחוק לרגולציה של מפלגות פוליטיות (להלן).

68 חוק מספר 2820 (החוק לרגולציה של מפלגות פוליטיות), פרק 4. את סעיפי החוק הרלוונטיים אפשר למצוא באנגלית בפסקי הדין של בית הדין האירופי לזכויות אדם.

69 סעיף 78 לחוק מונה שורה של איסורים על המפלגה הנוגעים לשמירת האופי הדמוקרטי. סעיף 93 מקים חובה להתאים את פעילות המפלגה לאופי זה.

70 סעיפים 79-83 לחוק קובעים שורת הגנות על החוק והשיטה הקיימת.

71 ראו סעיף 86.

בהתאם לעקרונות אלו וחשופה לאפשרות פירוק המפלגה, במקרה שמצעה, פעולותיה, הצהרותיה או החלטותיה עומדים בסתירה להם.⁷² בשנת 1991 החליט בית המשפט החוקתי על פירוק 'המפלגה הטורקית הקומוניסטית'. מפלגה זו פורקה בטרם החלה בפעילות, על סמך המצע והתקנון שלה ובהסתמך על שמה, כפי שמאפשר החוק.⁷³ בית המשפט נימק את החלטתו גם בכך שבמצע המפלגה – לדעת בית המשפט – הייתה התייצבות לצד הכורדים וניסיון ליצירת בדלנות, יסודות שיש בהם כדי לאיים על שלמותה הטריטוריאלית של המדינה ועל אחדות האומה. השגה על פסק הדין הוגשה לבית הדין האירופי לזכויות אדם. בית הדין, המסתמך על סעיף 11 לאמנה האירופית בדבר חופש ההתאגדות, מתח ביקורת על ההחלטה, וביטל אותה.⁷⁴

בית הדין ציין כי אין די בשמה של מפלגה ('המפלגה...הקומוניסטית') כדי להוות עילת פסלות, וזאת בהעדר ראיות ממשיות נוספות כי בכך בחרה המפלגה לקדם מדיניות המהווה סכנה לטורקיה. אשר לטענה בדבר חתירה לבדלנות ולפילוג האומה הטורקית, קבע בית המשפט כי אמנם יש התייחסות במצע המפלגה לכורדים כעם, אולם אין במצע כל ניסיון לקדם עבורם זכויות מיוחדות או להגדירם כמיעוט. אדרבה, המצע מצהיר כי המפלגה תחתור לפתרון הבעיה הכורדית בדרכי שלום ודמוקרטיה. שאיפה לקדם שיח ודיון ציבורי של בעיות שעל סדר יומה של המדינה, אינה יכולה, כך קבע בית הדין, להוות עילה לפירוקה של מפלגה.⁷⁵ בית הדין מכיר באפשרות שמסמכי המפלגה והצהרותיה עלולים לשמש מסווה לפעילות אסורה, אך כיוון שמפלגה זו פורקה ימים ספורים לאחר הקמתה, היא טרם הספיקה לפעול, ואין בסיס למסקנה כי אלו היו פני הדברים.

בשנת 1992 החליט בית המשפט החוקתי על פירוק 'המפלגה הסוציאליסטית הטורקית'. בנימוקיו הסתמך בית המשפט על דבריו של

72 סעיף 101.

73 סעיף 3196 (לחוק קובע כי לא תיוסד מפלגה עם השם 'קומוניסטית', 'אנרכיסטית', 'פשיסטית', 'תיאוקרטית', 'נציונל סוציאליסטית', או עם שם של דת, שפה, גזע, כת או אזור.

74 *Case of the United Communist Party of Turkey v. Turkey* 19392/92 בהחלטה מיום 30.1.1998. את כל פסקי הדין של בית הדין אפשר למצוא ב: <http://www.echr.coe.int/Eng/Judgments.htm>

75 שם, סעיף 57 לפסק הדין.

יו"ר המפלגה, המזמינים את העם הכורדי לחבור יחד ולתבוע את זכויותיו הפוליטיות. בית הדין האירופי ביטל גם החלטה זו.⁷⁶

בית הדין הדגיש כי אין דמוקרטיה ללא פלורליזם, והעובדה כי המפלגה קוראת לשינוי שאינו מתיישב עם מדיניותה של טורקיה כיום, ואינו מתקבל באהדה, אינה עילה לפסילה. הפלורליזם חל גם על דעות ורעיונות בוטים וצורמים, והדמוקרטיה משגשגת מתוך פתיחות רעיונית ומתוך דיאלוג. בקריאת המפלגה לשינוי לא הייתה כל אמירה על כוונה לנקוט דרכים לא דמוקרטיות, ואין הצדקה לפרק מפלגה שכל חטאה היה בהעלותה לדיון ציבורי בעיה כלשהי.

תוצאה דומה התרחשה ביחס לימפלגת החירות והדמוקרטיה הטורקית. זו פורקה בשנת 1993 בהוראת בית המשפט החוקתי, בשל התייחסות המפלגה לכורדים כאל לאום מדוכא הזכאי להגדרה עצמית, ותמיכתה בזכותם למאבק על עצמאות.

בית הדין האירופי קבע שוב כי לא היה מקום לפירוק המפלגה,⁷⁷ וכי תמיכה במאבק הכורדים לעצמאות אינה הסתה לאלימות או כפירה בכללי הדמוקרטיה, אלא דרישה פוליטית לגיטימית. סדר יום פוליטי שאינו מתיישב עם עקרונות ומבנה המדינה הנוכחיים אינו מהווה פגיעה בכללי הדמוקרטיה. בית הדין קובע כי:

...It is of the essence of democracy to allow diverse political projects to be proposed and debated, even those that call into question the way a State is currently organised, provided that they do not harm democracy itself...⁷⁸

ימפלגת העבודה העממית (HEP) פורקה מטעמים דומים,⁷⁹ ובית הדין האירופי שוב הפך את ההחלטה.⁸⁰ מפסק הדין עולה כי זהות בין עקרונות

76 *Case of the Socialist Party and Others v. Turkey* 21237/93 בהחלטה מיום 25.5.1998

77 *Case of Freedom and Democracy Party (OZDEP) v. Turkey* 23885/94 בהחלטה מיום 8.12.1999

78 שם, פסקה 41.
79 בהחלטת בית המשפט החוקתי מיום 14.7.1993. להנמקה נוסף נדבך המתייחס לניסיון לשכנע – שנעשה על ידי המפלגה – שהטרור הוא שיטת מאבק לגיטימית בעבור הכורדים.

80 *Case of Yazar, Karatas, Akosy, and the People's Labour Party (HEP) v. Turkey* 22723, 22724, 22725/93 בהחלטה מיום 9.4.2002. ביחס לטענה הנוגעת

היסוד של המפלגה ובין מטרותיו של ארגון טרור (כגון עצמאות לכורדים), אינה מצדיקה כשלעצמה פסילתה של המפלגה כל עוד זאת אינה קוראת לאלימות ואינה נוקטת אלימות.⁸¹ עקרוניתה של המפלגה אמנם נוגדים את המבנה היסודי של המשטר והמדינה, אך יש להימנע ממתן מונופול על הגנת עקרונות אלו לתנועות אלימות, על דרך הוצאת הדיון בעקרונות אלו ממסגרת הוויכוח הדמוקרטי.⁸² בעניין 'מפלגת הדמוקרטיה' (DEP) הורה בית המשפט החוקתי על פירוק המפלגה, כממשיכת דרכה של 'מפלגת העבודה העממית'. בין יתר העילות, צוין כי מנהיג המפלגה לשעבר מפרסם הכרזות שאפשר להבין מהן כי הטרור הוא דרך לגיטימית בעבור המיעוט הכורדי להגשמת שאיפותיו הלאומיות וכי הוא מעודד שימוש באלימות כאמצעי פוליטי. בית הדין האירופי הסכים לממצא זה וקבע כי התקיים צורך חברתי דחוף, לשון סעיף 11 לאמנה האירופית, לנקוט נגד אותו אדם הליכים פליליים. עם זאת אין בכך להצדיק את פירוק המפלגה, שכן צעד כזה לוקה בחוסר מידתיות.⁸³ המקרה הבולט ביותר של פירוק מפלגות בטורקיה היה זה של 'מפלגת הרווחה הטורקית' (Refah). מפלגת הרווחה היא מפלגה אסלאמית שנוסדה בשנת 1983. בבחירות 1995 זכתה המפלגה במספר המושבים הגדול ביותר בפרלמנט הטורקי (158 מתוך 450) והקימה ממשלה קואליציונית. בשנת 1997 פנה התובע הכללי לבית המשפט החוקתי בבקשה לפרק את המפלגה, ובית המשפט קבע כי המפלגה מהווה איום על אופייה החילוני של טורקיה והורה על פירוקה.⁸⁴ בנוסף קבע בית המשפט כי כמה מחברי המפלגה הבכירים לא יוכלו להמשיך ולכהן כחברי פרלמנט, נאסר עליהם למלא תפקידים דומים במפלגות אחרות, וכספי המפלגה הועברו למדינה. בפנייה לבית הדין האירופי נדחתה עמדת המפלגה, ובית הדין קיבל את עמדת בית המשפט החוקתי.⁸⁵ בית הדין גרס כי כוחה האלקטורלי העצום

לגליטימיות של הטרור, בית הדין מצא כי בדברי הביקורת החריפים של מנהיגי המפלגה, אין משום הוכחה לתמיכה בטרור.

81 שם, פסקה 45.

82 שם, פסקאות 55-57.

83 *Case of Dicle for the Democratic Party (DEP) of Turkey v. Turkey* 25141/94

בהחלטה מיום 10.12.2002. דברי מנהיג המפלגה לשעבר נאמרו מחוץ לטורקיה, בשפה שאינה טורקית, בפני קהל שאינו מעורב ישירות בהתרחשויות בטורקיה. בית הדין מצא כי פוטנציאל ההשפעה בסיטואציה כזו הוא נמוך מאוד.

84 בהחלטת בית המשפט החוקתי מיום 16.1.1998.

85 *Case of Refah Partisi (Prosperity Party) and Others v. Turkey* 41340/98

בהחלטה מיום 31.7.2001, וכמו כן מיום 13.2.2003.

של המפלגה מלמד כי אם יש במצעה רעיונות אנטי-דמוקרטיים, הרי שיש בכוחה להביא להגשמתם, מה שהופך את הסכנה למוחשית ומידית. נראה שבית הדין מאמץ גישה הסתברותית בקובעו כי אין לדרוש ממדינה לחכות עם הפסילה עד שהסכנה תתממש, אך יש צורך בהוכחת קיום סכנה לאחר בדיקה מפורטת.⁸⁶ בית הדין מצא כי מפעולותיה של Refah ומדברי מנהיגיה עולה כי מדיניותה ארוכת הטווח היא יצירת שלטון המבוסס על הדין המוסלמי. לפי דעת בית הדין, הדין המוסלמי אינו מתיישב עם עקרונות היסוד של הדמוקרטיה.⁸⁷ עוד מוצא בית הדין כי Refah אינה דוחה את השימוש בכוח לצורך השגת מטרותיה. מכאן, מסקנת בית הדין היא כי פירוקה 'הכרחי בחברה דמוקרטית'.⁸⁸ בית הדין מסכם:

...a political party may promote a change in the law or the legal and constitutional structures of the State on two conditions: firstly, the means used to that end must be legal and democratic; secondly, the change proposed must itself be compatible with fundamental democratic principles.⁸⁹

בכפוף לשני התנאים הללו, בית הדין קובע כי לא קיימת סתירה פנימית בין מפלגה הפועלת על פי ערכים מוסריים דתיים לבין עקרונות הדמוקרטיה. בית הדין מדגיש את תפקיד המדינה כמארגן ניטרלי ונטול פניות של קיום דתות, אמונות ותפיסות שונות; תפקיד, שלדעת בית הדין, תורם לסדר הציבורי ולסובלנות בחברה דמוקרטית.⁹⁰

5. סיכום

בדמוקרטיות הוותיקות, המבוססות והבטוחות בעצמן, אין, ככלל, פסילה ערכית. פסילה ערכית ברמת החקיקה מקובלת בדמוקרטיות צעירות יחסית, שעברו תקופה של שלטון אוטוריטרי. המשותף למדינות שיש בהן פסלות ערכית הוא עילות פסילה המבוססות על פגיעה בקיום המדינה, על שימוש

86 פסקה 102 לפסק הדין מתאריך 13.2.2003.

87 שם, פסקה 123.

88 ראו הערה 51 לעיל.

89 פסקה 98 לפסק הדין מתאריך 13.2.2003.

90 שם, פסקה 91.

באלימות ועל פגיעה באופייה הדמוקרטי של המדינה. אין במדינות אחרות אנלוגיה לדין הישראלי, בהיבט היהודי שבו. ההגנה על חילוניותה של טורקיה היא הגנה על משטרה הדמוקרטי ולא על תפיסה ערכית מסוימת.⁹¹

לפי עמדת בית הדין האירופי לזכויות אדם, מהות הדמוקרטיה היא הדין הציבורי על מטרות פוליטיות – גם אם הן שנויות במחלוקת וגם אם הן מאתגרות את מבנה המדינה ואת אופייה הנוכחי – לרבות הכרה במיעוט כמיעוט לאומי הזכאי להגדרה עצמית ולמאבק על כך. קריאה לשינוי לא יכולה להוות עילת פסילה, ובלבד שהאמצעים שהמפלגה נוקטת חוקיים ודמוקרטיים, ושהמטרה שהמפלגה מבקשת לקדם מתיישבת עם יסודות הדמוקרטיה.

דווקא ביחס לתוצאות הפסילה נראה שישראל מאמצת כלים מידתיים. אמנם בישראל כמו גם בגרמניה, בצרפת ובטורקיה, פסילת המפלגה ופירוקה מתאפשרות גם על סמך מטרות המפלגה ומצעה בלבד.⁹² אולם, פסילת מפלגה או פירוקה בישראל אינן מטילות סנקציה על חבריה כפרטים; סעיף 7א מונע השתתפות בבחירות בלבד ומאפשר את המשך פעילותה של המפלגה. נפנה כעת לבחינת הדין הישראלי בהרחבה.

91 שם, פסקאות 66, 95, 123, 125.

92 לפי הוראות סעיף 5 לחוק המפלגות. עם זאת, גם על סעיף זה חלה פרשנות מצמצמת בדומה לסעיף 7א.

1. כללי

מאז הלכת **ניימן I** נוקט בית המשפט גישה מצמצמת בדונו בפסילת רשימות. לאור חשיבותה של הזכות להיבחר, ולפי התפיסה ש'דמוקרטיה המפעילה הגבלות שלא מול הכרח קיומי, מאבדת מרוחה וזכותה',⁹³ ייחדה הלכת **ניימן I** את הלכת **ירדור** למצב של שלילת קיום המדינה. למרות הפנייה למחוקק לומר דברו, עולה חשש מפסק דינו של שמגר וביתר שאת מפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק, כי החקיקה תיצור תפנית ותרחיב שלא לצורך את הכוח לפסול רשימות. חקיקת סעיף 7א מימשה במידה מסוימת חשש זה, שכן עילות הפסילה רחבות, וסמכות הפסילה הוקנתה לוועדה פוליטית שהמפלגות בה מיוצגות על פי גודלן היחסי בכנסת. עובר לחקיקת סעיף 7א, קבע הנשיא שמגר בהלכת **ניימן II** 'עיקרים מנחים לצורך הפעלת סעיף 7א הנ"ל',⁹⁴ עיקרים אלו, המצמצמים מאוד את האפשרות לפסול רשימות, אומצו על ידי בית המשפט בפסיקותיו במהלך השנים, וביניהן פסק הדין בעניין **בשארה**:

- הפנייה היא אל מטרות מרכזיות ודומיננטיות של הרשימה. 'המטרות והמעשים צריכים להצטייר בבהירות וללא הותרת ספק של ממש כבעלי תכונות מן המנויות [בסעיף 7א]'.⁹⁵ עליהם להיות 'יגדר יעד מרכזי ושליט של הרשימה ולא נושא טפל ושולי'.⁹⁶ ככל שמדובר במעשים, 'צריך להיות מדובר במעשה שיש בו ביטוי בולט, רציני ושליט של זהותה ומהותה של הרשימה'.⁹⁷
- אין די במטרות בעלות אופי תאורטי. יש צורך שהרשימה תפעל למען מימוש מטרותיה.⁹⁸ על הפעילות להיות חוזרת ונשנית, ולא די בפעילות ספורדית.⁹⁹

93 **ניימן I**, עמ' 279.94 **ניימן II**, עמ' 196.

95 קביעה זו חלה גם על התיבה 'במשתמע'. שם, עמ' 187.

96 **בשארה**, לעיל הערה 12, ברק, עמ' 17-18, 26; שטרסברג-כהן, עמ' 68; דורנר, עמ' 94;

ריבלין, עמ' 105; לוי, עמ' 110.

97 שם, שם.

98 שם, דורנר, עמ' 94, לוי, עמ' 110. נראה שבאלמנט זה נבלעה הדרישה שהציג שמגר

בניימן II, ש'ההתמודדות בבחירות היא אמצעי למימוש המטרה או להגברת המעשה'.99 **בשארה**, לעיל, ברק, עמ' 17-18; דורנר, עמ' 98-99; שטרסברג-כהן, עמ' 68.

- הפעילות צריכה לבוא לידי ביטוי חמור וקיצוני מבחינת עצמתה.¹⁰⁰
- על הראיות להיות משכנעות, ברורות וחד משמעיות.¹⁰¹

בפסק הדין בעניין **בשארה** חוזרת ומודגשת החשיבות שבמתן פרשנות מצמצמת לכל אחת מהעילות, מתוך התמקדות במאפיינים הגרעיניים. לדעת הנשיא ברק יש לתת למונח 'יהודית דמוקרטית' פירוש מצמצם כיוון שסעיף 7א פוגע בזכות היסוד לבחור ולהיבחר.¹⁰² השופטת שטרסברג-כהן מדגישה כי בשל הפגיעה בזכויות יסוד, יש להשתמש בבלמים אלו (כלומר בפסילת מועמד או רשימה) רק כמוצא אחרון.¹⁰³ השופטת דורנר קובעת כי יש לתת פרשנות דווקנית צרה ומצמצמת לעילות הפסילה, כך שרק מעשים המגלמים באופן חד משמעי שלילה של ערכי היסוד של המדינה יהיו עשויים להביא לפסילה.¹⁰⁴ יסוד מצמצם נוסף מתבטא בנכונותו של בית המשפט להתחשב בהצהרות מבהירות של המועמדים לפסילה בפני ועדת הבחירות ביחס לעמדותיהם.¹⁰⁵ עוד נקבע כי, 'כל ספק המתעורר במסכת הראיות צריך להתפרש כנימוק נגד מניעת השתתפותה של רשימת מועמדים בבחירות'.¹⁰⁶

למרות גישה עקרונית זו וריבוי ברטוריקה המבטאת הימנעות מפסילת רשימות שלא במקרים חריגים ביותר, אנו מוצאים בפסק הדין בעניין **בשארה** מרכיבים שאינם מצמצמים את היקפו של סעיף 7א, ולא זו בלבד אלא שהם מרחיבים אותו.

ראשית, על אף הדרישה למעשים של הרשימה וודאי של מועמד יחיד, אחדים מן השופטים בפסק הדין בעניין **בשארה** מסתפקים בבחינת מטרות הרשימה. השופטת שטרסברג-כהן מוצאת כי 'אכן, ניתן לפסול רשימה בשל מטרותיה בלבד, ואילו לגבי יחיד ניתן לפוסלו בשל מעשיו'.¹⁰⁷ בנוסף, מתן

100 שם, ברק, עמ' 17-18.

101 שם, שטרסברג-כהן, עמ' 68.

102 שם, עמ' 19.

103 שם, עמ' 67.

104 שם, עמ' 97.

105 למשל בקבלת הסבריו של ח"כ בשארה בנוגע לכוונתו במילה 'התנגדות' (שם, עמ' 38); הבהרותיו של ח"כ טיבי באשר לכוונתו למונח 'אינתיפאדה עממית' (שם, עמ' 48).

106 ראו גם ע"ב 2600/99 **ארליך נ' יו"ר ועדת הבחירות**, פ"ד נג (3) 38, עמ' 44-45.

107 **ארליך**, עמ' 43.

108 שם, עמ' 72. ראו גם עמ' 68: 'משום שיש במטרותיהם ובמעשיהם לפי העניין; שם, השופט לוין, עמ' 81.

משמעות רחבה למונח 'מעשים' מרוקנת למעשה מתוכן את הדרישה הזו. כך, השופטת שטרסברג-כהן 'לוכדת' בדרך זו גם מועמד יחיד: 'עם זאת שלילתו הבוטה [של ח"כ בשארה]... כחלק מהפרוגרמה עליה הוא שוקד ואותה הוא מקדם, היא בגדר "מעשים"'.¹⁰⁸ התייחסות לעמדותיו של בשארה – 'הפרוגרמה שלו' – כמעשים, מהווה למעשה ויתור על היסוד של פעולה למימוש המצע. דוגמה להיפוך התוצאה במקרה של עמידה על ההבדל בין מטרות תאורטיות ובין פעולות למימוש נמצאת בפסק דינה של השופטת דורנר. לדעתה הראיות מצביעות על 'אידאל תאורטי' של ח"כ בשארה, אך פעילותו במשך השנים מלמדת כי אינו פועל ליישום אידאל זה, וכי קיבל את היות מדינת ישראל מדינה יהודית כיעניין שבעובדה.¹⁰⁹

שנית, חלק מן השופטים אינם בוחנים כל עילה בנפרד, אלא משלבים בין העילות באופן שלא ברור האם סף ההוכחה הנדרש נחצה בכל אחת מן העילות בנפרד. לטענת השופטים טירקל, לוי ושטרסברג-כהן השילוב 'מוסיף עוצמה לכל אחד ממרכיבים אלה של סעיף 7א לחוק'.¹¹⁰ האם עצמה זו גוררת ויתור על דרישות הוכחה בכל מרכיב עצמאי? דבר זה אינו ברור.

שלישית, רוב השופטים לא ראו פסול בהסתמכות על ראיות חסויות. הבעיה העיקרית ביחס לראיות אלו היא שהן עלולות לנבוע מדיווח של מי שהיה עד שמיעה לדברים שנאמרו. קיימת סכנה משמעותית של טעות והטעיה, כאשר יש חשיבות עצומה להקשר של אמירת הדברים, לנוסח המדויק שלהם ולאייטונציה שנאמרו בה. תוצאותיה של טעות כזו הן הרוות גורל. השופטת דורנר מתנגדת לשימוש בראיות חסויות מנימוק אחר. לדעתה אין להיזקק לראיות חסויות כיוון שבמלאכת האיזון הראוי, אין הצדקה לפסילה המבוססת על דעות נסתרות, שלא ניתן להן ביטוי פומבי ושאינן חותרים להגשימן באמצעות פעילות פרלמנטרית.¹¹¹ לעמדתה מצטרפים רובינשטיין ומדינה, הטוענים כי אם מטרתה של פסילת רשימות היא מניעת מתן הכשר לפעילות הסותרת את ערכי היסוד של החברה, הרי שהפעלת הסמכות אינה צריכה לבטא ניסיון לגלות את יעדיה 'האמתיים' של הרשימה, ועל כן אין מקום להסתמך על ראיות חסויות. רק אם מטרת הפסילה היא

108 שם, עמ' 72. בדיוני ועדת החוקה על החוק, אומר היועץ המשפטי (יהושע שופמן) כי התבטאות היא סוג של התנהגות, אך היא נכללת בחופש הביטוי. **פרוטוקול מס' 338**

מישיבת ועדת החוקה חוק ומשפט מתאריך 11.7.2001

109 **בשארה**, עמ' 98.

110 שם, שטרסברג-כהן, עמ' 76; טירקל, עמ' 104; לוי, עמ' 113.

111 שם, עמ' 96.

מניעת סכנה, ראוי לבחון את הסיכון הגלום ברשימה (ולשם כך יש לבחון גם את מטרותיה 'הנסתרות'), אך אז תידרש החלת מבחן הסתברותי כלשהו.¹¹²

נראה אם כן שעמדת בית המשפט אינה חד משמעית. עם הרחבתו של סעיף 7א בדרכים אלו, אין להסיק בוודאות כי הוא ישמש במקרים קיצוניים בלבד. גם אם בפסק הדין עצמו הרוב פסק שאין לפסול את הרשימות והמועמדים, הרחבת הסעיף, הן על ידי שופטי המיעוט והן על ידי שופטי הרוב, לצד **הימנעות מהחלת מבחן הסתברותי למימוש האיום**,¹¹³ מעידה על סכנה אפשרית של פסילה במקרים שאינם קיצוניים והכרחיים. האם בית המשפט רואה באותו האופן את העילות השונות? האם ננקטו עמדות מרחיבות או מצמצמות בכולן? להלן נבחן בפירוט את יחסו של בית המשפט לכל אחת מעילות הפסילה.¹¹⁴

2. שלילת קיום המדינה

בקבלת ההצדקה העקרונית לפסילת רשימות, עילת פסילה זו מהווה גרעין שאין מחלוקת על הצורך בקיומה. 'כדרך שאדם אינו חייב להסכים לכך שיהרגוהו, כך גם מדינה אינה חייבת להסכים שיחסלוהו ומחקה מן

112 א' רובינשטיין, ב' מדינה, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, מהדורה שישית (עתיד להתפרסם), סעיף 8.43. באופן דומה יש לדעתם להתייחס להצהרות של מועמדים כי חזרו מעמדות שהביעו בעבר. התמקדות בשאיפה להימנע ממתן הכשר מחייבת לאפשר 'חזרה בתשובה' גלויה ופומבית.

113 ראו בפירוט בחלק ד.7.

114 טרם נפנה לבחינת יחסו של בית המשפט לכל אחת מעילות הפסילה, נציין כי אפשר לקרוא את הוראות סעיף 7א(א1) כמציין עילת פסילה אחת (מדינה יהודית ודמוקרטית כמושג יחיד-עצמאי) או כמציין שלוש עילות נפרדות (קיום המדינה; מדינה יהודית; מדינה דמוקרטית), שדי בקיום אחת מהן על מנת להביא לפסילתה של רשימה. השופט חשין מוצא כי קיימות שלוש עילות נפרדות (ראו בעניין **איזקסון**, לעיל הערה 16, עמ' 541). ח"כ בשארה טוען שקיימת עילה אחת בלבד (**פרוטוקול מס' 18 משיבה מס' 363 של ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-16** מיום 31.12.2002, עמ' 591. אפשר למצוא באתר הכנסת <http://www.knesset.gov.il/elections16/heb/protocols/menu.htm>). לדעת הנשיא ברק ישנה עילה אחת המורכבת משני מרכיבים (עניין **בשארה**, עמ' 19), אף שניתוח העילה ובחינת הראיות נעשים בפסק דינו על דרך הפרדה מלאה בין המרכיבים. אנו מצטרפים לעמדתו של השופט חשין, ולדעתנו הסעיף מקיים שלוש עילות.

המפה¹¹⁵. הגנה על קיום המדינה בדרך של פסילת רשימות נובעת משיקולים של שכל ישר כתנאי לקיום כל יסוד אחר, בראשם דמוקרטיה והגנה על זכויות אדם; מזכותה של המדינה להגן על עצמה; מחובתם של חברי הכנסת לפעול כנציגים נאמנים של העם ולפעול לטובת המדינה, שאינה מאפשרת לקבל לשורות הכנסת את מי שמבקש לחסלה; ומהגינות – קבלת קיום המדינה כתנאי להשתתפות בהליכה ובמוסדותיה, שהרי התמודדות פוליטית הסותרת את קיום המדינה אינה מתיישבת עם מהות רשויות השלטון והכנסת.¹¹⁶

מחלוקת עולה בשאלה מהו 'קיום המדינה'. האם קיום זה מתייחס להיבט הפיזי או שמא גם לקיומה הערכי של המדינה? בעניין **ירדור** נותר ערפול מסוים האם האיום היה על קיומה הפיזי של המדינה או על אופייה היהודי.¹¹⁷ נראה כי שופטי **ניימן I** קוראים את פסק דין **ירדור** כמתייחס לאיום על קיומה הפיזי של המדינה. באופן דומה השופט חשין בפסק דין **איזקסון** מתייחס לעילה זו כאיום על קיומה הפיזי של המדינה, ולא כאיום על מהותה הערכית.¹¹⁸

אלו הנוקטים גישה מרחיבה למושג 'קיום המדינה' רואים בצבינה של המדינה חלק בלתי נפרד מקיומה, ועל כן פגיעה בזהותה של המדינה תעלה

115 **ירדור**, לעיל הערה 2, עמ' 390-391. ראו גם פסק דין **איזקסון**, לעיל הערה 16, עמ' 541.

116 ראו גם בעניין **בשארה**, דורנר, עמ' 96. עוד על השיקולים וההצדקות בחלק ב.2. לעיל.

117 לפי גישתו של השופט זוסמן הטעם לפסילה הוא שאיפת הרשימה ילחשל את המדינה, להמיט שואה על רוב תושביה שלמענם הוקמה ולהתחבר עם אויביה. הרצון עצמו לשינוי סדרי השלטון אינו סיבה לפסילה: 'סדרים אלו אינם קדושים, ושינויים אינו פשע שנעשים עליו' (**ירדור**, עמ' 389). הנשיא אגרנט לעומת זאת מעמיד כיסוד קונסטיטוציוני, ששלילתו מהווה יסוד לפסילה, את היות מדינת ישראל מדינה שהוקמה כימדינה יהודית בארץ ישראל (שם, עמ' 385-386). רובינשטיין ומדינה רואים בפשר זה ביטוי למובנים השונים של עקרון 'הדמוקרטיה המתגוננת'. האחד, שריון פרוצדורת ההכרעה הדמוקרטית, המובילה לפסילה רק במקרים של מטרה לבטל את השיטה הדמוקרטית או שימוש באלמות. השני, שריון גם לזכויות אדם, בהם זכותו להגדרה עצמית של העם היהודי. ראו אצל רובינשטיין ומדינה, סעיף 8.49-8.51, 8.53 וכמו כן הערה 148 והקסט לידה.

118 דבר זה עולה מהחלוקה לשלוש עילות שונות, ובמילותיו של השופט חשין: 'עילת-פסלות זו מחזיקה, להלכה ולמעשה, שלוש עילות-פסלות זו-בצד-זו: שלילת עצם קיומה של מדינת ישראל; שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית; ושליטת קיומה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית'. לעיל הערה 114.

לכדי פגיעה בקיום המדינה. גביזון סבורה כי 'בהחלט ניתן לראות חלק ממהותה הערכית של המדינה כחלק מהמאפיינים המזהים שלה. במקרה כזה, יהיה איום על יסוד ערכי זה, במובן מסוים, איום על המדינה'.¹¹⁹ השופטת שטרסברג-כהן מזהה גם היא בין 'יהודיות' המדינה לבין קיומה: 'מכאן ששלילת היותה של ישראל מדינה יהודית, היא למעשה דרכו של ח"כ בשארה לשלול את עצם קיום המדינה'.¹²⁰

אנו סבורים כי עילה זו צריכה להיות מיוחדת לפסילת מפלגה הפועלת נגד קיום המדינה במובנה הפיזי בלבד. קיום מדינה הוא יסוד עצמאי ללא קשר הכרחי למהותה הערכית, ואפשר לאיים על יסוד זה לבדו. איום על עצם הקיום, מתהווה, ככלל, על ידי אמצעים בלתי חוקיים. אין לראות במבקשים להרוס את המדינה, כאילו הם מבקשים להיטיב עם המדינה בצורה כלשהי, ואין מקום לדורשי רעתה של ישראל בכנסת. שינוי בהגדרת זהות המדינה לעומת זאת, יכול להיעשות בדרכי שלום, של שכנוע דמוקרטי, ומקומו בתוך השיח הדמוקרטי ולא מחוצה לו. אלו המבקשים לשנות את זהותה של המדינה אינם מבקשים בהכרח להרע לה, אלא להציע חלופה, הנראית להם נכונה יותר וטובה יותר (גם אם קבוצות אחרות רואות בכך רע, ואף אסון). אין לזהות בין שתי העמדות.

יש לציין כי ללא קשר לשאלה מה פירוש 'קיום המדינה', מניעת השתתפות בבחירות מותנית בנכונות הרשימה לנקוט אלימות להשגת יעדיה. גביזון מציינת כי: 'עוצמתו של טעם פסילה זה [קיום המדינה] מבוססת על צירוף של התנגדות אידאולוגית לעצם הרעיון של המשך קיום היחידה המדינית בה מדובר, והנכונות לעשות שימוש באלימות להשגת מטרה זו... [לא כך כאשר מדובר ב]התנגדות אידאולוגית יחד עם נכונות לקבל את האילוצים של שלטון החוק והדמוקרטיה...התנגדות כזאת לקיום המדינה אסור לה שתהיה במקרה הרגיל, טעם פסילה'.¹²¹

119 גביזון (תשמ"ז), עמ' 155.

120 **בשארה**, שטרסברג-כהן, עמ' 72.

121 גביזון (תשמ"ז), עמ' 154.

3. שלילת קיום המדינה כמדינה יהודית

א. הדין המצוי

הגדרת 'מדינה יהודית'¹²²

כמו בכל הוראות סעיף 7א, לא קיימת בו הגדרה של 'מדינה יהודית'.¹²³ פסקי הדין שעסקו בסוגיית הפסילה לא הציגו, על פי רוב, הגדרה מקיפה למושג זה. השופטים בפסקי הדין בעניין **בן שלום ואיזקסון** נמנעו בדרך כלל מדיון בשאלה העקרונית של מהות המדינה היהודית, ובחרו להתמקד בבדיקה נקודתית המתבססת על זיהוי המאפיינים הנדרשים רק לצורכי הערעור העומד בפניהם.¹²⁴ השופט אלון בעניין **בן שלום** דווקא דן ארוכות במהותה של 'מדינת העם היהודי' ובמשמעויותיה המשפטיות. אולם, מלבד הכרה בהתנגדות לחוק השבות כיסוד לשלילת השתתפות רשימה, הוא מצייין כי אין בהתנגדות להוראות המשפטיות האחרות שמנה כדי להביא לפסילה.¹²⁵

122 כאמור במבוא, 'מדינה יהודית' החליף את המושג 'מדינת העם היהודי'. יש שטוענים כי 'מדינת העם היהודי' מתייחס לזכות ההגדרה העצמית ולהיות מדינת ישראל מדינת לאום. לעומת זאת אפשר לטעון כי דווקא 'מדינה יהודית' הוא מושג מרחיב יותר, בכך שלמדינה יהיה אופי ומאפיינים יהודיים. להדגמת עמדה הרואה הבדל בין המושגים, ראו למשל בעמדתו של חיים הנגבי (בשעה שהיה מועמד מטעם הרשימה המתקדמת לשלום) כפי שהיא מובאת בעניין **בן שלום**, עמ' 235-236.

123 דיון נרחב התפתח בעקבות הוספת התיבה 'מדינה יהודית' דמוקרטית' שבחוק יסוד: כבוד האדם, חוק יסוד: חופש העיסוק. ראו למשל מ' אלון, 'עיון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית', **מחקרי משפט יג** (1996), 57; ד' ברק-ארז (עורכת), **מדינה יהודית ודמוקרטית: קובץ מאמרים**, תל-אביב: רמות, 1996; ר' מרגולין (עורך), **מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, רב שיח ומקורות נלווים**, ירושלים: האיגוד העולמי למדעי היהדות, תשנ"ט.

124 למשל, דברי השופט חשין בעניין **איזקסון**: 'אכן, ענייננו הוא אך בבדיקה אם מטרותיה של המשיבה עשויות לעלות בקנה-אחד עם היותה של מדינת ישראל "מדינה יהודית", ולעניין זה אין אנו נצרכים להקיף את הביטוי "מדינה יהודית" סביב-סביב. לעיל, הערה 16, עמ' 550-551. כמו כן ראו דברי השופט ש' לוי בעניין **בן שלום**: 'מתוך מגמה שלא להיגרר להגדרות אידיאולוגיות מיותרות, אלא כשהדבר דרוש לצורך הכרעה במקרה שלפנינו, מוכן אני לקבל בנושא שלפנינו הגדרת מינימום, שאך היא דרושה במקרה שלפנינו שאחד ממושכלות היסוד של המדינה הוא קיום של רוב של יהודים בה, מתן העדפה ליהודים על פני אחרים לשוב לארצם וקיום זיקת גומלין בין המדינה לבין יהודי התפוצות, הכול ברוחה של מגילת העצמאות'. לעיל הערה 10, עמ' 247-248.

125 **בן שלום**, שם, עמ' 274. בין ההוראות שמקורן במהותה של מדינת ישראל כמדינת העם היהודי הוא מונה את חוק מעמדן של ההסתדרות הציונית העולמית ושל הסוכנות היהודית לארץ ישראל, תשי"ג-1952, חוק הנגב, תשמ"ו-1986, חוק הגליל, תשמ"ח-

מפסיקה זו עולה כי גרעין המדינה היהודית הוא זכות ההגדרה העצמית של היהודים, קיום רוב יהודי בה, וקשר עם יהודי התפוצות, כשהביטוי המובהק לכל אלו הוא חוק השבות.¹²⁶ החוק נתפס כהיבט מרכזי וחיוני לאופייה של ישראל כמדינה יהודית, ואף כביטוי של זכות שקדמה למדינת ישראל – הזכות של יהודי גולה לשוב לארצו.¹²⁷

בפסק הדין בעניין **בשורה** מבקש הנשיא ברק, כמו גם השופט שטרסברג-כהן והשופט טירקל, לתת הגדרה מקיפה יותר. כותב הנשיא ברק:

מהם אפוא המאפיינים היגרעיניים המעצבים את הגדרת המינימום של היות מדינת ישראל מדינה יהודית? מאפיינים אלה הם בעלי היבט ציוני ומורשתי גם יחד (ראו בג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מנהל מקרקעי ישראל** פ"ד נד(1) 258, 281) [כך במקור]... במרכזם עומדת זכותו של כל יהודי לעלות למדינת ישראל, בה יהוו היהודים רוב; עברית היא שפתה הרשמית המרכזית של המדינה ועיקר חגייה וסמליה משקפים את תקומתו הלאומית של העם היהודי; מורשת ישראל היא מרכיב מרכזי במורשתה הדתית והתרבותית. רשימת מועמדים או מועמד לא ישתתפו בבחירות אם ביטולם או שלילתם של מאפיינים אלה היא מרכזית ודומיננטית בשאיפותיהם ופעולותיהם, והם פועלים נמרצות להגשמת שאיפות אלה, וניתן להוכיח כל זאת בראיות משכנעות, ברורות וחד משמעיות.¹²⁸

היסודות הגרעיניים של 'מדינה יהודית' הם אפוא זכות עלייה לישראל, רוב יהודי במדינת ישראל, עברית כשפתה הרשמית של המדינה, עיקר חגייה וסמליה, ומורשת ישראל. לדעת השופט טירקל המונח 'מדינה יהודית' כולל לכל הפחות את המאפיינים האלו, אף שהוא משאיר שאלה זו בצריך עיון.¹²⁹

1987, חוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, תשי"ב-1950, חוק יום הזיכרון לשואה ולגבורה, תשי"ט-1959.

126 שם, עמ' 271.

127 השופט אלון מביא מדבריו של בן-גוריון, שם, עמ' 262. אגב, במערכת הבחירות לכנסת החמש-עשרה אושרה השתתפותה של רשימה שקראה במפורש לביטול חוק השבות. ראו אצל רונינשטיין ומדינה, סעיף 8.58. לדעתם, אישור ההשתתפות נעשה בלא שניתנה הדעת להוראות אלו במצע הרשימה, ולא מכוח קביעה כי קריאה לביטול חוק השבות אינה מהווה שלילה של אופייה היהודי של המדינה.

128 **בשורה**, ברק, עמ' 22. ראו גם שטרסברג-כהן, עמ' 66. שאר השופטים אינם מוסיפים על כך מלבד טירקל, ראו להלן.

129 טירקל מציג הגדרה דומה, אך מוסיף לה את 'ההכרה בקשר ההיסטורי של היהודים לארץ ישראל, ובמורשת ישראל מייחד את 'התנייד והיצירה הרוחנית שצמחה ממנו'. שם, עמ' 101.

על סמך ניתוח הפסיקה, רובינשטיין ומדינה סבורים כי עילה לפסילה תהווה שלילה של עצם ההכרה בזכות ההגדרה העצמית להבדיל מצמצום אופן מימוש הזכות; חתירה לביטול הרוב היהודי; שלילת הלגיטימיות מעצם ההכרה בשימור הרוב היהודי; שלילת זכות כל יהודי לשבות; שאיפה לביטול כל זיקה בין מדינת ישראל לבין העם היהודי בתפוצות; שלילת מתן ביטוי משמעותי לתרבות יהודית בחיים הציבוריים, בשעה שאין פסול לדעתם בשאיפה לביטול הבלעדיות של התרבות היהודית או הגברת הניטרליות.¹³⁰ בנוגע לחתירה להכרה בזכות השיבה של פלשתינים, חל במהלך הזמן שינוי בעמדת הפסיקה. השופט ד' לויין בעניין **בן שלום**, שלל את הלגיטימיות של מתן זכות שיבה פלשתינית במקביל לקיומה של זכות השבות ליהודים.¹³¹ לעומת זאת מפסקי הדין בעניין **איזקסון** ובעניין **בשארה** לא עולה כי יש פסול בחתירה מעין זו, ובית המשפט דוחה את התפיסה כי הכרה בזכות השיבה מהווה שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית.¹³² יתר על כן, בעניין **בשארה**, קיבלה עמדת הרוב כלגיטימיות את הצהרתו של ח"כ בשארה כי הוא שואף 'לשינוי המאזן הדמוגרפי במדינה'.¹³³

'מדינת כל אזרחיה'

הקו המנחה בהלכת **בן שלום** הוא שלילת האפשרות להגדיר את מדינת ישראל כ'מדינת כל אזרחיה'.¹³⁴ נקודת המוצא חייבת להיות, בהתאם לקו זה, הגדרתה של המדינה כמדינתו של העם היהודי דווקא, ושלו בלבד.¹³⁵ קו זה השתנה בעניין **איזקסון**. ברובד ההצהרתי ניכרת מידה רבה של

130 רובינשטיין ומדינה, סעיפים 8.57-8.68.

131 **בן שלום**, עמ' 241.

132 **איזקסון**, לעיל הערה 16, עמ' 549-550; **בשארה**, לעיל הערה 12, עמ' 40.

133 **בשארה**, עמ' 40, 70-71 (ציטוט הדברים מובא בפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן), ראו אצל רובינשטיין ומדינה, סעיף 8.59.

134 או במינוחים אחרים: 'מדינה דו-לאומית דמוקרטית וחילונית' (**בן שלום**, עמ' 237), 'מסגרת פוליטית לכל אזרחיה...מדינה ככל המדינות הדמוקרטיות של כלל האזרחים' (שם, עמ' 239-240).

135 שם, אלון, עמ' 279, ד' לויין, עמ' 239. שופטי הרוב אמנם לא פסלו את הרשימה המתקדמת לשלום, אך הנמקתם נשענת על העדר ראיות ממשיות המוכיחות פרוגרמה ממשית רצינית ופעילה (השופט ש' לויין והנשיא שמגר), או על העדר זיהוי בין הרשימה כולה ובין העמדות שבוטאו על ידי חיים הנגבי – מזכיר הרשימה ומועמד מטעמה (השופט בייסקי). השופטים ש' לויין ובייסקי מסכימים עם עמדת המיעוט בנוגע לידיעת כל אזרחיה, וקובעים כי לו הוכחה פרוגרמה אופרטיבית, או דעתו של הנגבי הייתה מייצגת את עמדת הרשימה, דינה של הרשימה היה להיפסל (שם, עמ' 249, 255).

סובלנות ושל נכונות לאפשר חתירה לקראת הגדרה של מדינת ישראל כמדינת כל אזרחיה, כל עוד לא נוספת אמירה מפורשת השוללת את קיום המדינה כמדינה יהודית.¹³⁶ השופט חשין נמנע מבחינה לעומק של כוונות מפלגת 'התנועה הערבית להתחדשות' (בהנהגת אחמד טיבי), ומצא כי אין בקביעה שמדינת ישראל היא 'מדינת כל אזרחיה' כדי לשלול את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית:

וכי ישמע מי בטענה כי מדינת ישראל אינה מדינת כל אזרחיה? האם ניתן לטעון כי מדינת ישראל היא מדינת חלק מאזרחיה בלבד? והרי עקרון יסוד הוא בדמוקרטיה: שוויון האזרחים בינם לבין עצמם... כל אזרחי ישראל – יהודים ושאינם יהודים – הינם 'בעלי מניות' במדינה, והאמירה כי 'מדינת כל אזרחיה' אין בה כדי לחסר מהיותה של המדינה מדינה יהודית.¹³⁷

גישה זו מנוסחת בידי הנשיא ברק בהלכת **קעדאן**: ליהודים ניתן מפתח מיוחד לכניסה לבית (חוק השבות), אך משמצוי אדם בבית כאזרח כדין, הוא נהנה משוויון מלא. אין בשוויון מלא זה מבית כדי לפגום במדינת ישראל כמדינה יהודית.¹³⁸ אותה גישה ננקטת על ידו גם בפסק הדין בעניין **בשארה**. לדידו לא קיימת סתירה מניה וביה בין המושג 'מדינת כל אזרחיה' ובין היות המדינה מדינה יהודית. מכיוון אחד, הכרה בהיבט המורשתי והציוני בתוך תחומי המדינה, כמו גם חוק השבות, אינם נוגדים את תפיסת היסוד של 'מדינת כל אזרחיה'. מכיוון שני, אפשר לדעתו להעניק מספר פרשנויות למושג זה, ורק חלקן יהוו עילה לפסילה. במידה שהכוונה היא לשוויון בין אזרחי ישראל, לא מתקיימת עילת הפסילה. אולם אם הכוונה היא ליותר מכך, לרצון 'לפגוע ברציונל המונח ביסוד הקמת המדינה, ובכך לשלול את אופייה של המדינה כמדינתו של העם היהודי',¹³⁹ אזי תיתכן עילה לפסילה. עמדתה של מפלגת בלי"ד היא כי הגדרת ישראל כמדינת כל אזרחיה היא

136 רובינשטיין ומדינה, סעיף 8.64.

137 **איזקסון**, עמ' 549-550.

138 בג"ץ 6698/95 **קעדאן נ' מנהל מקרקעי ישראל**, פ"ד נד(1), 258, 289. רעיון זה אינו חדש ואף בוטא בידי השופט אלון בעניין **בן שלום** בעמ' 264. עם זאת בעניין **בן שלום**, שוויון מלא בכל תחומי החיים נתפס בעיני חלק מהשופטים כשולל את קיום המדינה כמדינת העם היהודי. ראו שם בעמ' 239, וכמו כן טקסט לפני הערה 134 לעיל.

139 **בשארה**, עמ' 23.

תביעה לדמוקרטיזציה של ישראל והפיכתה מיהודית במהותה ודמוקרטית באופייה, לדמוקרטיה במהותה ויהודית באופייה: 'מדינה בה המיעוט הערבי מגשים את זכויותיו הקולקטיביות באופן שווה להגשמת הזכויות הקולקטיביות של הרוב היהודי'.¹⁴⁰ עמדה זו, מוצא הנשיא ברק, 'מתקרבת באופן מסוכן לאפשרות השוללת את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית. עם זאת, אין בפנינו ראיות משכנעות, ברורות וחד משמעיות כי הגבול נחצה'.¹⁴¹ השופט לוי'ן לעומת זאת סבור כי הגבול נחצה בבירור. הדיבור 'מדינת כל אזרחיה' הוא שם קוד 'לביטול הציונות, ביטול היות מדינת ישראל ביתו הלאומי של העם היהודי וביטול המדינה כמדינה יהודית והחלפתה במדינה אחרת אם לא למעלה מזה'.¹⁴²

נראה כי פסקי הדין המאוחרים, להבדיל מעניין **בן שלום**, מתקשים לדרוש בגנות 'מדינת כל אזרחיה' בשל היותה, לכאורה, דרישה דמוקרטית לעילא. גם שופטי המיעוט אשר מצאו בעמדותיהם של ח"כ בשארה ושל בל"ד משום שלילת האופי היהודי של מדינת ישראל לא תקפו את הקריאה לשוויון כשלעצמה, ולא מצאו כי הקריאה ל'מדינת כל אזרחיה' כשלעצמה פוגעת באופי היהודי. הפסילה נשענת ברובה על חוסר אמון בכנות עמדותיו של ח"כ בשארה ועל הטענה כי 'מדינת כל אזרחיה' אינה אלא ססמה לשלב ביניים והסוואה למטרה אחרת. מטרה מוסווית זו, כפי שתוארה לעיל בדברי השופט לוי'ן, היא העילה לפסילה.¹⁴³

מן הפסיקה אפשר ללמוד על הכרה גוברת בכך שמניעת הזכות להיבחר בעילה הנדונה עלולה לגרום לפגיעה קשה לא רק בקיומה של המדינה כמדינה דמוקרטית, אלא בעצם קיומה של מסגרת מדינית. הכרה זו יכולה להסביר את העובדה כי מאז עניין **ירדור** לא נפסלה אף רשימה מכוח עילת 'יהודיות' המדינה. את הפסילה בעניין **ירדור** מסבירים רובינשטיין ומדינה בכך שבית המשפט מצא כי מעבר לעמדה האידאולוגית של הרשימה נוספה נכונות לנקוט דרכים אלימות להשגת מטרותיה. בכל המקרים האחרים שהובאו בפני בית המשפט לא הוכח כי התקיימה נכונות לנקיטת אמצעים אלימים, ובכל המקרים הללו נקבע כי יש לאפשר לרשימות להשתתף בבחירות.

140 שם, עמ' 37.

141 שם, עמ' 43.

142 שם, עמ' 81-82.

143 שם, שם; השופט טירקל, עמ' 102; השופטת שטרסברג-כהן (המכנה את בשארה 'האישי

בעל שתי הפנים'), עמ' 74, ראו גם עמ' 69, 71.

המשמעות המעשית לדעתם, היא הימנעות משלילת הזכות להיבחר מרשימה השוללת את אופייה היהודי של המדינה אך מחויבת לדרכי שלום להגשמת יעדיה.¹⁴⁴

ב. בעיות העילה והצדקות להסרתה

'יהודיות' המדינה אינה שוות ערך לקיום המדינה

אנו סבורים, כפי שנאמר לעיל,¹⁴⁵ כי קיום המדינה אינו שווה ערך למהותה הערכית. לכן ההצדקות לכך שפגיעה בקיום המדינה עשויה להוות עילת פסילה, אינן יכולות לשמש להצדקת פסילה בשל פגיעה ביהודיות המדינה. במקום שעולה האיום על מהותה הערכית של המדינה לכדי איום על קיומה של המדינה, מתייתר הצורך בקיום עילה נפרדת.

קווי פעולה פוליטיים קיצוניים ביותר, כגון שלילת כל לגיטימיות מן המדינה במתכונתה הנוכחית, שיש בהם לגיטימציה לעשייה לשם הרס המדינה או לתמיכה בקריעת שטח משטחה הריבוני של המדינה, יכולים ליפול תחת עשייה פוליטית המסכנת את קיום המדינה. אין צורך בעילת פסילה נפרדת ומיוחדת על מנת להתמודד עם. מצע השולל מן היהודים ורק מהם את הזכות להגדרה עצמית עשוי, לפי טיבו (למשל, אם הוא מתבסס על אפליית היהודים בהשוואה לאחרים), להיחשב כמצע גזעני, ולהיפסל על בסיס זה.

זכות ההגדרה העצמית

בנודר טוען כי היותה של מדינת ישראל מדינת העם היהודי איננה מבוססת על הכרעת הרוב, ולכן אין היא צריכה להרשות כי הכרעת הרוב תוכל לחסלה

144 רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 112, סעיפים 8.52-8.51. לתמיכה במסקנה זו ראו עי' פדהצור, א' פרליגר, 'האתגר של מפלגות קיצוניות למשטרים דמוקרטים: ישראל כדוגמה', **תרבות דמוקרטית** 8 (תשס"ד-2004), עמ' 73. פדהצור ופרליגר בדקו את אופן ההתמודדות של 'הדמוקרטיה המתגוננת' עם מפלגות קיצוניות, מתוך ניסיון לקשור בין מאפייני המפלגה לבין אופן ההתמודדות. הם מבחינים בין מפלגה אנטי-מערכתית יחסית, הניצבת על הספקטרום הפוליטי במרחק מיתר המפלגות (למשל המפלגות הערביות) לבין מפלגה אנטי-מערכתית אידאולוגית, למעשה מפלגה אנטי-דמוקרטית (למשל 'יכד'). תוצאת בדיקתם מעלה כי החל בשנת 1985 הופנה ערוץ ההתמודדות המתמקד בהדרה פורמלית, הכוללת מניעת השתתפות בבחירות, רק כלפי מפלגות אנטי-דמוקרטיות, ולא כלפי מפלגות אנטי-מערכתיות יחסיות.

145 עמ' 25.

בתור שכזו.¹⁴⁶ עוד הוא מוסיף כי 'הקמת מדינת ישראל כמדינת העם היהודי הוצדקה במידה רבה על ידי העמדה לפיה גם לעם היהודי מגיע לכלל עם מדינה משלו...עדיין ניתן לומר כי השקפה שמשמעותה שלילת זכותו של העם היהודי לעצמאות מדינית היא, במובן מסוים השקפה בלתי דמוקרטית'.¹⁴⁷ ברוח דומה, רובינשטיין ומדינה טוענים כי לפי מובן אפשרי של עקרון 'הדמוקרטיה המתגוננת',¹⁴⁸ מוצדק 'לשריין' לא רק את פרוצדורת ההכרעה, אלא גם את ההכרה בזכויות היסוד של האדם. עם זכויות היסוד נמנית גם זכותו של העם היהודי להגדרה עצמית. לפי גישה זו מוצדק למנוע השתתפות של רשימה הכופרת בעצם ההכרה באינטרס של העם היהודי להגדרה עצמית, גם אם לאיום האידאולוגי לא נלווה איום לנקוט אמצעים אלימים.¹⁴⁹

לדעתנו, למרות זכות ההגדרה העצמית שהקנתה את הזכות לכונן מדינה, אופייה של המדינה כמדינה יהודית מותנה בקיומו של רוב יהודי במדינה. אין להפוך יסוד העשוי להשתנות ליסוד ערכי משוריין המוצא מחוץ לגדר הדיון הפוליטי-פרלמנטרי. הקונטינגנטיות פועלת גם בכיוון ההפוך: אם יושג רוב יהודי יציב בישראל, חוק השבות, לפחות במתכונתו הנוכחית, ייאבד במידה רבה מהגיונו.

זכותו של העם היהודי להגדרה עצמית היא מהנדבכים החשובים בתפיסתה של מדינת ישראל את עצמה כמדינה יהודית. זכותו של העם היהודי לממש את ריבונותו בחלק מארץ ישראל נתמכת בעובדה כי העם היהודי היה אחד מהעמים הראשונים בארץ, אך בעיקר בעובדה כי ארץ ישראל מילאה ועודה ממלאת, תפקיד מעצב מהמעלה הראשונה הן בהתגבשותו של העם היהודי והן בהתגבשותו של הלאום היהודי המודרני. ההיסטוריה יכולה להעיד כי קיימת גם הצדקה קיומית למימוש זכות זו. זכותו של העם היהודי להגדרה עצמית הקנתה לו את הזכות לכונן מדינה

146 בנדור, לעיל הערה 6, עמ' 276.

147 שם, עמ' 279. ראו גם אצל רובינשטיין ומדינה, סעיפים 8.54-8.57.

148 לפי מובן אפשרי אחר, מוצדק 'לשריין' את מאפייני היסוד הנוגעים לפרוצדורת ההכרעה הדמוקרטית. משמעות הדבר כי תנאי הכרחי להגבלת הזכות להיבחר הוא הצבעה על כך שהרשימה דוגלת בביטול השיטה הדמוקרטית או בשימוש בכוח להשגת מטרותיה. מכאן כי פסילה מכוח עילה זו מוצדקת רק אם הרשימה, מלבד עמדותיה 'האנטי-יהודיות', מוכנה לנקוט דרכים אלימות להשגת מטרותיה. ראו רובינשטיין ומדינה, סעיפים 8.51-8.52. ההסבר לתוצאות פסקי הדין כפי שתואר לעיל (טקסט לפני הערה 144) מתבסס על מובן זה של 'הדמוקרטיה המתגוננת'.

149 רובינשטיין ומדינה, סעיפים 8.49, 8.53-8.56.

יהודית בארץ ישראל. ואולם זכות ההגדרה העצמית אינה מקנה לציבור האזרחים בישראל (או ליתר דיוק לרוב היהודי) זכות למנוע בכל דרך ניסיון להגדיר את מדינת ישראל באופן שונה מזו הקיימת היום, כאשר הוא נעשה בדרכי שלום של שכנוע בלבד. עמדה זו תואמת את עמדת בית הדין האירופי לזכויות אדם כי אין לפסול מפלגות המבקשות לשנות את סדרי המשטר והמדינה היסודיים ואף אלו הקוראות תיגר על זהותה הבסיסית של המדינה, אם מטרתיהן של המפלגות והאמצעים הננקטים על ידיהן דמוקרטיים.¹⁵⁰ בהתקיים תנאי זה, התפקוד הנאות של הדמוקרטיה דורש כי מסגרות פוליטיות יוכלו להביא לדיון ציבורי גם עמדות הנוגדות את עקרונות היסוד של המדינה, זאת על מנת לתרום למציאת פתרונות לשאלות הנוגעות לכל השחקנים של החיים הפוליטיים ולכל אזרחי המדינה.¹⁵¹ רובינשטיין ומדינה מודים גם הם כי 'הקושי הכרוך בישום של הגישה...[שהוצגה לעיל] עלול לגרום לכך שבפועל היא תוליך להגבלות בלתי מוצדקות על השיח הציבורי. הגדרת המובן המינימאלי של מימוש הזכות להגדרה עצמית היא עניין סבוך, המחייב את בית המשפט להדרש לבחינה של סוגיות פוליטיות מורכבות'.¹⁵² כשם שהיחיד רשאי להגדיר את עצמו מחדש על ידי שינוי בתפיסת העולם שלו, בדתו או באזרחותו, כך רשאי גם לעשות קולקטיב אזרחי. כפי שאמרנו לעיל, אין הצדקה להעניק לאבות המייסדים שליטה לדורות על מהותה ועל דמותה של המדינה. שמירת זהותה של המדינה כיהודית, על כל מרכזיותה וחשיבותה, איננה מטרה העשויה לשלול מקבוצות הסוברות אחרת לתת ביטוי ציבורי-פוליטי לעמדתן.

הגדרה מינימלית?

ספק רב אם יש להצדיק את ההיקף הנרחב למדי של הגדרת הנשיא ברק ל'מדינה יהודית' כגרעיני ומינימליסטי, וודאי שאין זו הגדרה מינימלית נוכח האפשרות להתייחס ל'מדינה יהודית' כמדינה שקיים בה רוב יהודי. האומנם כל המאפיינים הללו מצדיקים פסילה? האם נראה מוצדק לפסול רשימה הקוראת להחליף את סמלי המדינה? כדוגמה, יפים לעניין זה דבריו של נאזם באדר, חבר ועדת הבחירות המרכזית, מתוך דיוני הוועדה:

150 לעיל, עמ' 23-32.

151 פסק דין בעניין מפלגת העבודה העממית (HEP), לעיל הערה 80, פסקאות 55-57.

152 רובינשטיין ומדינה, סעיף 8.70.

העניין של ההמנון של מדינת ישראל – מה לעשות, חברים, שאני ניסיתי ללחוץ ולשכנע את נפשי להיות נפש יהודי ולא הצלחתי? ובוודאי לא הצלחתי שתהיה לי נפש יהודי הומיה. מה לעשות? מה פסול בעניין הזה שאני אבוא כסיעה בכנסת, כחבר כנסת, ואציע הצעה שלמדינת ישראל יהיה המנון שאני אוכל לשיר אותו? למה זה צריך לפסול אותי?¹⁵³

הוא הדין גם במעמדה של השפה העברית. לא סביר כי הצעה להכיר בשוויון מעמדן של השפות העברית והערבית תצדיק פסילתה של רשימה. כך גם מצע שלפיו ראוי לשנות את חגי המדינה. ביחס לחוק השבות מציינת גביון כי יניתן להצדיק את חוק השבות כמתיישב עם זכויות אדם וערכי יסוד, אולם השאלה הזו יכולה להיות שנויה במחלוקת לגיטימית, בלי להטיל בספק את זכותו של עם ישראל להגדרה עצמית בארצו.¹⁵⁴ מסקנה מתבקשת לדעתנו היא כי חתירה לביטול חוק השבות אינה יכולה לשמש עילה לפסילה.

עם זאת, הרחבת היריעה אינה מעודדת בהכרח פסילה של רשימות. כאשר נבחנת הפסילה על יסוד עילה זו, בוחן הנשיא ברק את יחס הרשימה או המועמד לכל אחד ואחד מיסודות אלה. בחינה פרטנית ודרישה לפגוע בכל היסודות או במרביתם מקטינה דווקא את סיכויי הפסילה. מעבר לצמצום ההגדרה עצמה, גישה מצמצמת מחייבת בנוסף מתן פירוש שאינו לרעת הזכות להיבחר, מקום בו קיימים פירושים שונים.

רטוריקה

בפסיקה קיימת גישה שאפשר לכוונתה 'סובלנות של חסדי'.¹⁵⁵ עניינה של גישה זו בהימנעות מהגבלת הרשימה מטעמים פרגמטיים גרידא, מתוך

153 פרוטוקול מס' 17 משיבה מס' 362 של ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-16 בתאריך 30.12.02, עמ' 151.

154 גביון (תשמ"ז), עמ' 160. ראו גם אצל רובינשטיין ומדינה, סעיף 8.58.

155 ב' מדינה, גבולות השיח במדינה יהודית ודמוקרטית: האם רשאי הרוב למנוע מן המיעוט לפעול לשינוי האופי היהודי של מדינת ישראל? (לא פורסם, עותק בידי המחברים); רובינשטיין ומדינה, סעיף 8.71. גישה אפשרית אחרת, הקיימת בבית המשפט, עניינה 'סובלנות של זכות'. גישה זו מבטאת הכרה בערך של פלורליזם, הכרה בכבוד האדם, ובחופש של כל פרט לעצב את עמדתו. במסגרתה נמנע בית המשפט מהערכת התוכן של הדעות שמדובר בהן, ועולה נכונות רבה יותר להעמיד לדיון ציבורי את ההצדקה שבהמשך החלת הסדרים שונים הנתפסים כמבטאים את 'אופייה היהודי' של המדינה. גם גישה זו רואה דעות מסוימות כבלתי לגיטימיות, אך היא מאופיינת בכך שהדעות שהן בלתי לגיטימיות הן רק אלה שמחוץ לתחום הנסבל; ומה

הסתייגות מן הדעות שבית המשפט מגלה כלפיהן סובלנות. ההימנעות מפסילה אינה מבוססת על הכרה בפלורליזם ובאפשרות קיומם של חילוקי דעות, אלא על בחירת השופטים 'לסבול' את ההתבטאויות והמעשים הראויים לדעתם לגינוי. פסקי הדין של השופטים ש' לוי וביסקי בעניין **בן שלום** ופסק הדין בעניין **ארליך** נוקטים גישה כזו. השופטים מדגישים את הסטייה מהתפיסה המקובלת באשר לאופי היהודי של המדינה, ונוקטים רטוריקה עוינת. פסק דינו של השופט טירקל בעניין **ארליך** מכיל רטוריקה עוינת במיוחד: 'למותר לומר כי כמדינה וכעם אין אנו צריכים להסבריו של ח"כ בשארה. בעיני דבריו הם כחספא בעלמא, שאינם מעלים או מורידים'.¹⁵⁶ ההימנעות מפסילה נתפסת כמחווה, כפי שביטא זאת השופט קדמי: 'התמזל לו מזלו של ח"כ בשארה, שהוא חי ופועל במדינה חזקה, שערך הדמוקרטיה כה חשוב לה עד שהיא מוכנה, על מנת לשמור עליו, להתיר התבטאויות כה בוטות בדבר זכות קיומה'.¹⁵⁷ פסק דינו של הנשיא ברק בעניין **בשארה** נושק לגישה זו. אמנם עולה בפסק דינו הכרה בסובלנות ובמקומן המרכזי של חירויות יסוד, ובשל כך הכרה בצורך לצמצם את עילות הפסילה, אולם הנשיא אינו נמנע מביקורת על עמדותיו של ח"כ טיבי,¹⁵⁸ ובנוגע לח"כ בשארה, נשענת הנמקתו על קיומו של ספק, שצריך לפעול לטובת המועמד.¹⁵⁹

שמצוי בתחום הנסבל אינו מוצג כראוי לגינוי. גישה זו, לדוגמה בעניין **איזקסון**, גוררת צמצום בהיקפה של עילת יהודיות המדינה, שכן הדבר מתחייב מהרצון להמשיך ולנקוט תפיסה סובלנית כלפי רשימות הקוראות תיגר גובר והולך נגד מאפיינים יהודיים של המדינה. כך גם בפסק דינה של השופטת דורנר, שאינה מעבירה כל שיפוט ערכי ביחס לעמדות המועמדים, מכירה בזכותו של ח"כ בשארה להחזיק בכל עמדה תאורטית שיחפוץ בה, ומסתפקת בכך שכעניין שבעובדה קיבל בשארה את קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית (עניין **בשארה**, עמ' 97). ראו את פסקי הדין של הנשיא שמגר בעניין **ניימן I** ובעניין **בן שלום**, וכמו כן את דברי השופט אנגלרד בעניין **בשארה** כי 'ממהותה של דמוקרטיה לאפשר לדעות מיעוט להיאבק על עיצובה של המדינה גם אם הרוב משוכנע בערכה המוחלט של האידיאולוגיה שלו (שם, עמ' 63).

156 עניין **ארליך**, לעיל הערה 105, עמ' 47. יש לציין את אופיו המוזר של פסק הדין. פסק הדין ניתן על אף שלעותר לא הייתה זכות עמידה, ובל"ד וח"כ בשארה לא צורפו כמשיבים, ולא ניתנה להם ההזדמנות להשיב לטענות, אף שהם המושפעים העיקריים מפסק הדין. בשארה ורשימת בלי"ד ערערו על פסק הדין. בערעור נקבע בהסכמה כי קביעות פסק הדין בפרשת ארליך לא תחייבנה. ראו בג"ץ 2247/02 **בשארה נ' ארליך ואח'**, פ"ד נו (2), 587. בדרך זו נמנע המצב שבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ מבטל פסק דין של עצמו בשבתו כבית משפט לערעורים.

157 שם, עמ' 48.

158 'דבריו הקשים של ח"כ טיבי...הם אכן מקוממים. מכאן גם – ומבלי להכריע בעניין זה – כי יש בהתבטאויות אלו בכדי להצמיח תוצאות משפטיות שאינן נושא ההליך

שימוש ברטוריקה עוינת, מלבד היותו ביטוי לביקורתו של בית המשפט על תוכן העמדות, נועד להגביר את הלגיטימציה לתוצאה שבית המשפט הגיע אליה, תוצאה העשויה לעמוד בסתירה לתפיסות מקובלות בציבור הרחב. גישה זו עלולה להביא לתוצאות בלתי רצויות: אפשרות קלה יותר לפסילה בעתיד בשל היותה מבוססת על 'מעין חסדי' ועל עצמת הדמוקרטיה העשויה להשתנות, ובשל העובדה כי ההימנעות מפסילה נעשית 'בהיסוס רב'; השפעות שליליות על מידת הסובלנות בציבור היהודי כלפי עמדות הציבור הערבי; הקטנת הפתיחות להאזין לדעות שונות באשר לאופייה הרצוי של מדינת ישראל; פגיעה באמון של אזרחי ישראל הערבים בבית המשפט העליון, והגברת תחושת הניכור שלהם כלפי המדינה.¹⁶⁰

יצירת קשיים ביחסי יהודים-ערבים

עילה זו יוצרת ומעלה לפני השטח קשיים רבים ביחסים ובציפיות שבין הרוב היהודי ובין המיעוט הערבי. קשה מאוד, וספק רב אם הוגן, לצפות ממיעוט זה לקבל את מדינת ישראל כמדינה יהודית, וזאת בשל טעמים אחדים.

1. נסיבות הקמת המדינה נתפסות בעיני הפלשתינים כעוול חמור כלפיהם. על עוול זה נוספת הפגיעה בתחושת הבית, הזהות וההזדהות, הכרוכות מבחינתם בהיות המדינה 'יהודית'.
2. יהודיות המדינה היוותה תירוץ והסבר לאפליה ולקיפוח שיטתיים של המיעוט הערבי, כגון בתחומי הקרקעות, בתכנון בנייה ופיתוח, בהקצאות משאבים בחינוך ובתרבות, ועוד. כך נקבע גם לאחרונה בוועדת אור, ועדת חקירה ממלכתית שהתמנתה לחקור את אירועי הדמים ששלושה-עשר אזרחים ערבים קיפחו בהם את חייהם מירי של שוטרים באוקטובר 2000.¹⁶¹ עקב האפליה המתמשכת אין זה מפליא כלל שבתודעת האזרחים הערבים הפכה 'יהודיות המדינה' למילת צופן לאפליה נגדם. מאבקם הדמוקרטי המוצדק לשוויון כורך בתוכו התנגדות לאופייה היהודי של

שבפנינו; 'בכמה מקרים היו התבטאויותיו ומעשיו של ח"כ טיבי בעייתיים'. **בשאהר**, עמ' 50.

159 שם, עמ' 43.

160 רובינשטיין ומדינה, סעיף 8.71.

161 **דין וחשבון ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות הבטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000**, ירושלים: המדפיס הממשלתי, 2003, כרך א', עמ' 33-53.

המדינה. דוגמה למתח זה נמצאת בדיון שהתעורר סביב הצעת החוק, חוק יסוד: שוויון האוכלוסייה הערבית.¹⁶² ההצעה קבעה בסעיף עקרונית היסוד ובסעיף המטרה כי 'זכויותיהם של האזרחים הערבים בישראל ומחויבותה של החברה בישראל לזכויות אלו מושתתות על ההכרה בעקרון השוויון, על ההכרה בערך האדם ועל עקרון כבוד הבריות. חוק יסוד זה מטרתו להגן על כבודם וחירותם של הערבים אזרחי המדינה, כאזרחים ישראלים וכמיעוט לאומי ערבי-פלשתיני, כדי לעגן בחוק יסוד את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית ורב תרבותית'. היועץ המשפטי לכנסת קבע כי הצעת החוק שוללת את קיום המדינה כמדינה יהודית בשל השמטת האזכור של ההכרזה על הקמת המדינה, ובשל החלפת הביטוי 'מדינה יהודית דמוקרטית' בביטוי 'מדינה דמוקרטית ורב תרבותית'.¹⁶³ היעלה על הדעת כי רצון להשוות את מעמדם של הערבים אזרחי מדינת ישראל בתחומי החינוך, התעסוקה, הדיור, הקניין, ורצון לטפח זהות לאומית ערבית-פלשתינית¹⁶⁴ יגרור פסילה של גורם פוליטי ומניעת דיון בנושא? עמדת המדינה כפי שהיא מובאת בפסק הדין בעניין בשארה היא תמוהה וחמורה: 'די בהתבטאויות של חיכ בשארה ובדברים שפרסם בגלוי כדי לבסס את שלילת קיומה של מדינת ישראל כמדינה יהודית, וזאת לאור המחויבות של חיכ בשארה לעקרון השוויון, שתוביל לביטול המחויבות של מדינת ישראל לערכי היסוד היהודיים ולהעדפתם על אחרים'.¹⁶⁵

3. לצד ההתייחסות המקובלת בקרב היהודים, שאין בה ציפייה מהאזרחים הערבים בישראל להיות ציוניים, אפשר למצוא בפסק הדין בעניין **בשארה** התייחסויות המתקרבות מאוד לציפייה כזו. כך קביעתה של השופטת שטרסברג-כהן כי 'חיכ בשארה שולל את אפשרות קיומן של הציונות והדמוקרטיה בצוותא', וכך קביעתו של השופט ברק כי 'חיכ בשארה מתקרב באופן מסוכן להתנהגות הגוררת פסילה בכך שהוא מתנגד להיבט המורשתי והציוני של מדינת ישראל.¹⁶⁶ זוהי ציפייה בלתי סבירה ובלתי הוגנת.

162 הי"ח 1202 (2000), ראו אצל רובינשטיין ומדינה, סעיף 8.66.

163 רובינשטיין ומדינה, שם.

164 שם, שם. זהו החלק המעשי של הצעת החוק. רובינשטיין ומדינה גם הם מוצאים כי ספק אם אפשר לראות בהצעת חוק מעין זו כשלילת אופייה היהודי של המדינה.

165 **בשארה**, עמ' 34.

166 שם, עמ' 40, 43.

4. כל עוד לא קמה מדינה פלשתינית, וכל עוד חלק ניכר מקרב הציבור היהודי מתנגד להקמתה;¹⁶⁷ כל עוד אין הכרה רשמית במיעוט הפלשתיני כמיעוט לאומי, שיש לו זכויות בתור שכזה, ספק רב אם יש מקום לתבוע מהמיעוט הפלשתיני בישראל הכרה באופייה היהודי של המדינה וקבלתו.
5. על הכרה מצד האזרחים הערבים, מקשה המעמד האזרחי במדינת ישראל המוענק ליהודים באשר הם, הבאים להתיישב בה, והעובדה כי אותו מעמד ואותה זיקה עוברים בהכרח דרך קבלת הדת היהודית. זאת, להבדיל למשל, מן היכולת להצטרף לאומה הצרפתית שאינה כרוכה בדת מסוימת.¹⁶⁸ ברור שאם רואים בישראל היהודית 'מדינתו של העם היהודי' במלוא מובן הביטוי, כלומר מוכנים אף להעניק למי שאינם אזרחים ותושבים מעמד בהכרעות הנוגעות לישראל, אין לצפות מן האזרחים הערבים לקבל זאת.

בהתחשב באמור לעיל, קשה שלא לראות בעילת-פסילה זו יחס של פטרונות, התנשאות, ואף התעמרות של הרוב היהודי כלפי המיעוט הערבי והשארותו במצב של איום מתמיד לפסילה, מצב המאפשר לרוב לקבוע את גבולות החשיבה והעשייה הפוליטית. השפלת המיעוט והפגיעה בו באות לידי ביטוי במיוחד בצורך של חברי הכנסת הערבים או המועמדים בבחירות, הנגזר מן המצב החוקי, להופיע בפני ועדת הבחירות המרכזית ואחר כך בפני בית המשפט – לתת הסברים מרכזיים, להצטדק ולהעניק בכל זאת הכרה והסכמה ל'יהודיות' המדינה.

אזרחיה הערבים של מדינת ישראל, הזרים ממילא לנוכח העובדה כי זוהי מדינת לאום יהודית, והמוגבלים בכוחם המעשי להשפיע על הפוליטיקה הישראלית,¹⁶⁹ משתמשים באמצעים הפרלמנטריים כאחד האפיקים הבודדים המאפשרים להם לבטא את זיקתם למדינה, את תסכולם ממצבם ואת

167 החלטת מרכז הליכוד מתאריך 12.5.2002. וראו גם מצע הליכוד הקובע כי 'מדינת ישראל לא תאפשר הקמת מדינה ערבית-פלשתינית ממערב לירדן' <http://www.likud.org.il/da/shalom.asp>

168 ההשוואה בין ישראל וצרפת דווקא, מקורה בדברי הנשיא שמגר בעניין **ניימן II** כי 'קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי אינו שולל את אופיה הדמוקרטי, כשם שצרפתיותה של צרפת אינה שוללת את אופיה הדמוקרטי'. לעיל הערה 8, עמ' 189.

169 להרחבה ראו יי פלד, 'זרים באוטופיה: מעמדם האזרחי של הפלסטינים בישראל', **תיאוריה וביקורת** 3 (תשנ"ג), עמ' 21-38.

שאיפתם לשנותו. פסילה של רשימות ערביות על רקע זה עלולה להגביר את תחושת הניכור והתסכול בקרב אזרחי ישראל הערבים, וכמו כן עלולה להביא להדרה עצמית של הערבים מן הפוליטיקה.¹⁷⁰ דחיקתם (מבחוץ) והידחקותם (מבפנים) עלולות להביא לפגיעה קשה בדמוקרטיה הישראלית. הן עלולות גם להגדיל את שיעור הערבים אזרחי ישראל הפועלים באופן בלתי חוקי נגד מדינת ישראל. ממצאי ועדת אור, הנוגעים לאפליית האוכלוסייה הערבית ולתסכול מהמערכת הממסדית כגורמי העומק לאירועי אוקטובר 2000,¹⁷¹ מחדדים את הצורך בקיומו של אפיק דמוקרטי ולא אליים לביטוי תחושות המצוקה ולניסיון לשינוי פני הדברים. כשם שבית הדין האירופי לזכויות אדם פסק כי קריאה למימוש זכות ההגדרה העצמית של הכורדים בטורקיה, כאשר היא נעשית באופן דמוקרטי ואין בה קריאה לאלימות, אינה עילה לפסילת מפלגה,¹⁷² כך אין למנוע מאזרחי ישראל הערבים לקרוא לשינוי אופייה של המדינה.

עצם קיום עילת הפסילה, החיזיון המתנהל בפני ועדת הבחירות המרכזית, פסילה על ידי הוועדה ופסילה על ידי חלק (אמנם מייעוט) של שופטי בית המשפט העליון, תורמים לתפיסת המיעוט הערבי בכללו על ידי הרוב היהודי כמיעוט עוין למדינה, לדה-לגיטימציה של הפוליטיקה הערבית, ואף מקדמים מגמות שליליות רווחות ומתפשטות בקרב הציבור היהודי, לשלול זכויות השתתפות פוליטית מאזרחי המדינה הערבים.¹⁷³ דיוני ועדת הבחירות

170 ראו גם דוח ועדת אור, לעיל הערה 161: 'מיעוט ההישגים [באמצעים פרלמנטריים] תרם לתחושות התסכול ולהתרופפות האמון באפיקי הפעולה המוסדיים', כרך א, עמ' 58; ר' גביוון, 'המדינה היהודית: הצדקה עקרונית ודמותה הרצויה', **תכלת** 13 (תשס"ג), 50, עמ' 70: 'גם במסגרת דמוקרטיה הסדרית ניתן, מבחינה עקרונית, לקבע את יהודיותה של המדינה כינתון חוקתי, ששינויו ידרוש רוב מיוחד... הסדר כזה יכול להקנות להיבט היהודי של המדינה יציבות חוקתית, ואף להגן עליו מפני תמורות דמוגרפיות או שינויים בהעדפות הציבור. אולם עלינו להבין כי הגנה זו תהיה מוגבלת. לאורך זמן, לא יהיה אפשר לשמור על אופיה היהודי הייחודי של המדינה אם רוב האוכלוסייה החיה בה לא ירצה בכך. ככלות הכול, היתרון הגדול של דמוקרטיה הסדרית הוא שהקבוצות השונות מרגישות שייכות רבה יותר למדינה, יש להן הזדמנות להבהיר את צורכיהן, להשמיע את דעתן, ולחוש כי הן משתתפות בעיצוב דמותה. מובן כי ההסדרים הנוגעים למדינה היהודית – הן אלה הנוגעים לערבים והן אלה הנוגעים למתחים פנים יהודיים – יהיו יציבים יותר וקבילים יותר אם יתקבלו כחלק ממערכת כזאת, ולא יכפו על חלקים גדולים מן הציבור הר כגיגית'.

171 דוח ועדת אור, כרך א', עמ' 37-59.

172 פסק הדין בעניין OZDEP, לעיל הערה 77, פסקאות 40-41, 43.

173 מסקרים שנערכו במכון הישראלי לדמוקרטיה בשנת 2003, עולה כי 53% מבין הנשאלים מקרב הציבור היהודי בישראל מתנגדים או מתנגדים מאוד לקיום שוויון

המרכזית מדגישים את העוינות; את חידוד ה'אנחנו' מול 'הם'. בניגוד לדיון בבקשות פסילה של מועמדים יהודים, קיימת נטייה בדיון בבקשות פסילה של מועמדים ורשימות ערביות, להתמקד באלו כנציגים של קולקטיב אחד ונוח להשפעה ('הם'). במקביל, חברי הכנסת הערבים מתכנסים גם הם אל תוך 'אנחנו' המבקש לעמוד אל מול 'הם' יהודי. האיום הופך דמוני: 'אנחנו' (הציבור היהודי או חברי הכנסת הערבים, המיעוט הערבי) צריכים להתאחד על מנת להתמודד עם האיום 'שלהם' (המיעוט הערבי, חברי הכנסת הערבים או הרוב היהודי).¹⁷⁴ מלבד תוצאות אלה, התייחסות מעוותת זאת, המחלחלת לציבור, פוגעת בכבודם של אזרחי מדינת ישראל.

בנוסף, הגבלת הזכות להיבחר היא אמצעי שיעילותו מוגבלת. שלילת הזכות להיבחר או הכרה בזכות אינה צפויה לשלול את ההכשר הציבורי כאשר מדובר בעמדות המוטמעות באופן עמוק בקרב ציבור כלשהו.¹⁷⁵ מלבד

זכויות מלא בין יהודים וערבים אזרחי מדינת ישראל. 69% מתנגדים או מתנגדים מאוד לציורף מפלגות ערביות לממשלה. 77% תומכים או תומכים מאוד בכך שערבים לא יקחו חלק בהחלטות גורליות למדינה. 57% הסכימו במידה רבה או מסוימת לכך שעל הממשלה לעודד הגירת ערבים מהארץ. ראו א' אריאן, ד' נחמיאס, ד' נבות, ד' שני, **הדמוקרטיה בישראל: דוח מעקב 2003: פרויקט "מודד הדמוקרטיה"**, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2003, עמ' 169-173, 268-269.

174 נטיות אלו עוברות כחוט השני בדיוני ועדת הבחירות. את התחושה העולה בקריאה קשה לתרגם למשפטים בודדים, אך נביא בכל זאת מספר דוגמאות. ייתי בצלאל: 'הסבלנות המופלגת של העם בישראל כלפי התבטאויותיהם של מנהיגי המגזר הערבי, ביניהם חבר-הכנסת טיבי, הגיעה לקיצה, סבלנות שפגה בעקבות האינתיפאדה, בעיקר האינתיפאדה האחרונה... מעבר לפגיעה בחוק אנו רואים תוצאות מעשיות של פגיעה ממשית ופיסית בעמנו בעקבות ההתבטאויות המתלהמות של הח"כים הערבים. נקעה נפשו של העם ממצב אבסורדי זה' (פרוטוקול ועדת הבחירות, לעיל הערה 153, עמ' 352); שרבל חריש: 'עיינתי עיון רב בכל הבקשות שהוגשו לפסילת כל הרשימות הערביות וכל חברי הכנסת הערבים, ומכל החומר הזה לא עולה שום סיבה לשום פסילה של אף רשימה או מועמד ערבי. מה שעולה משם זאת רדיפה גזענית כנגד חברי הכנסת הערבים, המפלגות הערביות, האוכלוסייה הערבית בכללותה... בניסיונות שלכם, בהגשה הסיטונתית של בקשות הפסילה של המפלגות ושל חברי הכנסת הערבים אתם רוצים כאילו ליצור איזשהו ערבי מלאכותי, חדש, שהוא לפי המידות שלכם, ולצדד, לצערך, אין ערבי כזה' (שם, עמ' 175); ישראל כץ: 'אפשרנו לכם עשרים שנה דמוקרטיה, הייתם שקטים' (פרוטוקול ועדת הבחירות, לעיל הערה 114, עמ' 527); מיכאל קליינר: 'בכנסת הזאת היתה תופעה שמקוממת את הציבור, תופעה כוללת. לא רק חבר הכנסת בשארה, גם אחרים מדברים מעל במת הכנסת כערבים גאים. אין לי בעיה עם זה, אני מבין את זה, אבל מדברים דברים שאסור לומר, שמקוממים את הציבור הישראלי' (שם, עמ' 51); חיים אברהם (ליורם גויניסקי): 'אני לא רוצה לענות לך. אתה בן העם שלי ואני לא רוצה לענות לך' (שם, עמ' 524).

175 רובינשטיין ומדינה, סעיף 8.69. וכמו כן ראו את דברי גביון (תשמ"ז), המובאים בהערה 170.

יעילותו המוגבלת, גם מידת נחיצותו אינה גבוהה. בהתחשב בכך שהתפיסה הפוליטית המתנגדת לאופייה היהודי של המדינה היא נחלת חלק בלבד מהציבור הערבי, שהוא מיעוט, והכוח המגייס שלה הוא, לכן, מוגבל, אין בה כדי ליצור ולהוות סכנה של ממש לאופייה היהודי של המדינה.

עמימות המושג

הניסיון לענות על השאלה מהי מדינה יהודית, הצורך לתחום את ההגדרה ולשלב אותה עם הדמוקרטיה של המדינה יוצרת בהכרח הגדרה עמומה. על רקע זה, קשה עד מאוד להעריך מראש את המשמעות החוקית של אמירות ופעולות פוליטיות. יש בכך משום פגיעה בחופש הביטוי והפעולה הפוליטיים, ובנוסף, אי-הוגנות בשל העדר הדרכה ואזהרה מספיקות, כאשר מחליטים על פסילה. רובינשטיין ומדינה 'מודים' כי יישום העילה (על פי גישה המצדיקה עילה זו מכוח 'הדמוקרטיה המתגוננת' במובנה הרחב יותר) הוא קשה וסבוך, ומחייב את בית המשפט להידרש לבחינה של סוגיות פוליטיות מורכבות.¹⁷⁶ זהותה של המדינה היא מהסוגיות החשובות והמרכזיות ביותר, הן עבור הפרטים בחברה והן עבור הקבוצות השונות החיות בה, ויש לה השלכות חשובות ומשמעותיות על ההסדרים החוקיים והחברתיים. בשונה מעקרונות הדמוקרטיה, ההסדרים המבטאים את מהותה היהודית של המדינה אינם נתפסים, גם בקרב התומכים בה, כמשקפים 'תפיסת צדק אוניברסלית' שאין בלתה.¹⁷⁷ מניעת דיון וליבון חופשיים ונוקבים בסוגיה זו היא פגיעה קשה באופיו הדמוקרטי של המשטר. חשיבות הנושא ועצמת האמונה אינם מחסנים מפני גישה מוטעית, טעות קרדינלית או אפשרות, ואף צורך, לשינוי. את סוגיית זהותה של המדינה יש להעמיד לבחינה חופשית מתמדת.¹⁷⁸ כבר ציינו כי אף מנקודת מבטם של המצדדים בהשאת המצב על כנו, בחינה כזו מונעת התאבנות של האמונה והפיכתה לדוגמה יבשה. הימנעות מבחינה מעידה על חולשה וחוסר ביטחון בקרב היהודים לעניין זהותה היהודית של המדינה.

דווקא הנטייה המוצדקת של בית המשפט להימנע ככל האפשר מפסילה מעניקה הכשר לעמדות קיצוניות, כאשר מבחינת תפיסת הרוב – יש בהכשר

176 רובינשטיין ומדינה, שם, סעיף 8.70.

177 שם, סעיף 8.69.

178 ראו גם את דברי רובינשטיין ומדינה: 'אין זה רצוי לדעתנו לשמר את אופיה היהודי של המדינה באמצעות שלילת כל אפשרות לקיים שיח ציבורי במקום העיקרי שנועד לכך – הכנסת – ביחס ללגיטימיות של אופי זה' (שם, שם).

זה משום נזק והגברת הסיכון להתפשטותן. אם כך, גם מבחינת תומכי נוסח זה של סעיף 7א, נזקו רב על תועלתו. לדעתנו, מוטב אפוא לעילה זו שתימחק.

4. שלילת קיום המדינה כמדינה דמוקרטית

א. הדין המצוי

בעניין **ניימן II** נמנע הנשיא שמגר ממתן הגדרה מקיפה למושג 'דמוקרטי' ומסתפק בקביעה כי מאופייה הדמוקרטי של המדינה נגזרת הזכות לבחור ולהיבחר.¹⁷⁹ בעניין **בשורה** מביע הנשיא ברק את התפיסה כי יש להעניק פירוש מצמצם למונח, ולהתרכז ב'בסיסיים' שבעקרונות הדמוקרטיה.¹⁸⁰ לשיטתו המאפיינים היגרעיניים ו'המינימליים' של היות מדינת ישראל מדינה דמוקרטית הם:

'הכרה בריבונות העם המתבטאת בבחירות חופשיות ושוות; הכרה בגרעין של זכויות אדם ובהן כבוד ושוויון, קיום הפרדת רשויות, שלטון חוק, ורשות שופטת עצמאית'. ועל כך הוא הוסיף כי: 'בדומה, רשימת מועמדים התומכת בשימוש באלימות כדי להביא לשינוי במשטר אינה יכולה להשתתף בתהליך הדמוקרטי אותו היא מבקשת להפיל בכוח הזרוע'.¹⁸¹

השופטת שטרסברג כהן פנתה להכרזת העצמאות וקבעה כי:

מדינת ישראל... מושתתת על יסודות החירות הצדק והשלום, ועל שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור לכל אזרחיה, בלי הבדל דת, גזע ומין, תוך הבטחת חופש דת, מצפון, לשון, חינוך ותרבות'.¹⁸²

מכוחה של עילה זו נפסלו רשימת 'כך' וממשיכותיה.¹⁸³ ביסוד ההכרעות ניצבה עמדתה של 'כך' הגורסת כי יש לשלול את הזכות לבחור ולהיבחר ולמלא תפקידים ממלכתיים על בסיס אתני-לאומי.¹⁸⁴ בפסק הדין בעניין **ניימן II** העלה נציג רשימת 'כך' את הטענה כי מתקיימת סתירה פנימית

179 **ניימן II**, עמ' 190.

180 **בשורה**, עמ' 23.

181 שם, שם.

182 שם, עמ' 66.

183 ראו הערות 8, 9 לעיל. הרשימות נפסלו גם מכוח עילת ההסתה לזעזועות. ראו חלק ד.5.

184 **ניימן II**, עמ' 197.

בסעיף 7א, שהרי יתכן ששלילת האופי הדמוקרטי של המדינה נובעת מהרצון לקיים את המדינה כמדינתו של העם היהודי.¹⁸⁵ בית המשפט דחה טענה זו. הנשיא שמגר קבע כי 'קיומה של מדינת ישראל כמדינתו של העם היהודי אינו שולל את אופיה הדמוקרטי, כפי שצרפתיותה של צרפת אינה שוללת את אופיה הדמוקרטי'. שני עיקרים אלו 'יכולים להתקיים זה לצד זה בהרמוניה מלאה'.¹⁸⁶ בדומה, קבע השופט לוין בעניין **בן שלום** כי 'שני הדברים אינם עומדים בסתירה כלל ועיקר'.¹⁸⁷ הנשיא ברק בעניין **בשארה** הסכים עם אמירות אלו, ולדעתו על השופטים לקיים את הסינתזה בין שני היסודות, על דרך הפרשנות.¹⁸⁸ השופט אנגלרד הכיר דווקא בסתירה האפשרית. לדעתו הפתרון הוא במתן משמעות ערכית מצומצמת ביותר לשני המושגים, מתוך נקיטת משנה זהירות בעת שמבקשים לפסול רשימה על יסוד היותה בלתי דמוקרטית או בלתי יהודית.¹⁸⁹

ב. הדין הרצוי

נקודת המוצא היא כי הזכות להיבחר היא זכות חוקתית מהמדרגה העליונה ביותר. חייבת להיות התאמה עם הנחה זו לצורך הצדקת פגיעה בה. כאמור, הצדקה זו מתקיימת כאשר מפלגה או רשימה חותרת תחת אשיות המשטר הדמוקרטי, כפי שפירטנו לעיל, בחלק ב.2. כפי שאנו רואים, עילה זו מקובלת גם על מדינות דמוקרטיות ועל בית הדין האירופי לזכויות אדם. אנו סבורים כי עילה זו, והדרך שבית המשפט מפרש אותה, היא ראויה ונכונה. אין לקבל טענה המבקשת לשלול את היבסיים שבעקרונות הדמוקרטיה על יסוד 'יהודיות' המדינה. כך, קריאה לפגוע בזכויות של אזרחי ישראל הערבים אינה הופכת ללגיטימית גם אם מטרתה שמירה על רוב יהודי.¹⁹⁰

קושי מסוים נובע מכך שישנן בכל מדינה, ובישראל בפרט, מפלגות בעלות מחויבות אידאולוגית לא דמוקרטית. כך לדוגמה מפלגות קומוניסטיות

185 שם, עמ' 188.

186 שם, עמ' 189.

187 **בן שלום**, עמ' 231.

188 **בשארה**, עמ' 19.

189 **בשארה**, עמ' 63.

190 רובינשטיין ומדינה, סעיף 8.74. על המצב של פיחות במאפיינים היהודיים על יסוד 'הדמוקרטיה' של המדינה, ראו דיונונו בנוגע לעילת 'קיום המדינה כמדינה יהודית', לעיל חלק ד.3.

או מפלגות דתיות. על מנת למנוע פסילה גורפת, מודגש הצורך שבדרישת מעשים או נטייה לשימוש באלימות,¹⁹¹ והימנעות מפסילה על בסיס המצע בלבד. בפועל אכן אין שוללים את השתתפותן של הרשימות הדתיות בבחירות. בפסק הדין בעניין **ולנר**¹⁹² מציין הנשיא שמגר כי

יש רשימות השואפות במצען הפוליטי להשלטת דין תורה במקום המשפט האזרחי-החילוני, קרי לביטול בית המשפט לחלוטין; יש רשימות ששמירת הסטטוס קוו הדתי חרותה על דגלן. אין לפי תפיסותינו איסור שבדין על שאיפה להשגת מטרות כמודגם לעיל, ועל ניסיון לקדם מטרות המצע בהליכים פרלמנטריים... מפלגה רשאית להתנגד לחקיקת מגילת זכויות האדם, היא גם רשאית להטיף לפיחות בערכם של מגילת זכויות או של חוק יסוד, ולשאוף לביטול חוקי היסוד.

דרישת השוויון מחייבת כי מבחן דומה ייושם ביחס לרשימות ערביות בעילת 'יהודיות' המדינה. הסובלנות הננקטת כלפי מצע המבקש להחיל את דין ההלכה במדינה (למשל 'אגודת ישראל'), או מצע הדוגל בטרנספר (למשל רשימת 'מולדת')¹⁹³ פוגעת בלגיטימיות של פסילת רשימות אנטי-ציוניות שאינן נוקטות מעשים או אמצעים לא דמוקרטיים.

5. הסתה לגזענות

א. הדין המצוי

עילה זו אינה אלא מקרה פרטי של פגיעה ביסודות הדמוקרטיים שבשל חשיבותה ניתן לה מעמד עצמאי: 'תולדות עם ישראל הן הרקע לכך, מדוע ראינו דוקא אנו הכרח בביעורה של הגזענות, עד כדי הכללתו של איסור מפורש בנושא זה בהוראות החוקתיות שלנו'.¹⁹⁴ הנשיא שמגר נעזר, בפרשת

191 גביזון (תשמ"ז), עמ' 157.

192 בג"ץ 5364/94 ולנר נ' "המערך" מפלגת העבודה, פ"ד מט (1), 758, 789-790. פסק הדין עסק בתוקפו של הסכם קואליציוני שקבע כי כל הפרה של הסטטוס קוו (הכוונה היא לפסיקה של בית המשפט העליון) תלווה בתיקון חקיקה שישיב את הסטטוס קוו, והוא אינו עוסק במישרין בפסילת רשימות.

193 ראו אצל רובינשטיין ומדינה, סעיף 8.76-8.78.

194 ניימן II, עמ' 189.

ניימן II, בהגדרה המצויה בחוק העונשין ובאמנה לביעור כל צורות האפליה הגזעית לצורך זיהוי היסודות המאפיינים של המונח.¹⁹⁵ ברור הוא שהמונח 'גזענות' לא מצומצם לאבחנה על יסוד ביולוגי, אלא הוא מתייחס גם לאבחנה על רקע לאומי-אתני,¹⁹⁶ אך מעבר לכך נמנע הנשיא שמגר ממתן הגדרה מקיפה. יסוד ההסתה שבעילה מבחין בין פעולה ממשית, העשויה כמובן להתבטא ב'פרסום', לבין מצב נפשי או דעה.¹⁹⁷ היות המועמד גזען בעצמו (לפי השקפתו) אינו מהווה לכן, עילה לפסילה; ובדרך זו, נמנע החוק מלהגביל את זכותו של אדם להחזיק בדעה, תהא אשר תהא.

מכוח עילה זו נפסלו רשימת 'כהנא חי' ורשימת 'כך' בראשותו של ברוך מרזל.¹⁹⁸ בית המשפט התייחס למצע המפלגה, לקריאות של מנהיגיה ולכרוזים ומכתבים שהפיצה.¹⁹⁹ אלו הבהירו כי מצעה של הרשימה אינו בגדר אידאל תאורטי, וכי היא נוקטת צעדים מעשיים לממשו, יחד עם שימוש באלימות. קיימת הסכמה גורפת כי פסילתה של רשימת 'כך' היא המקרה המובהק לפסילה, וכי יש למנוע בדרך זו מהרשימה לרכוש הכשר.²⁰⁰ בעניין **מולדת-גשר-צומת**, סיעה זו נפסלה מלהתמודד בבחירות לראשות המקומית בשל התבטאויות ראשיה, מבלי ששאר חברי הרשימה הסתייגו מהדברים שקראו למנוע מגורי ערבים בנצרת עילית. על מצע הסיעה נאמר כי הוא 'מעיד על קיומה של תכנית פעולה המבוססת על הפלייתם של ערבים, בשל שיוכם הלאומי, ובשל כך מהווה הסתה לגזענות'.²⁰¹

195 שם, עמ' 190-191. ראו גם סעיף 144 לחוק העונשין; סעיף 1 לאמנה בין-לאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית, **כתבי אמנה** 25, עמ' 547.

196 **ניימן II**, עמ' 191.

197 למונח הסתה ראו מ' קרמניצר, ח' גאנים, **הסתה, לא המרדה**, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, תשנ"ח-1997, פרק שני.

198 ראו לעיל הערה 9.

199 ראו בעניין **מובשוביץ**, לעיל הערה 9. פעולות הרשימה כללו קריאה בכרוזים לישראל נקייה מערבים, כתיבת מכתבים גלויים לערבים, שקראו להם לעזוב מרצונם ואיימו שאם לא יעזבו – תופעל נגדם עצמת המדינה, קריאות 'ערבים החוצה' וקריאות להפצצת אום-אל-פחם.

200 גביוון (תשמ"ז), עמ' 187: 'התמיכה בה [ברשימה] תלויה בתהליכים שאין לנו שליטה עליהם, והסיכוי שנוכל להילחם בה באופן יעיל בשעת משבר אינו גבוה. יש לכן להקדים תרופה למכה ולא לאפשר לה לרכוש הכשר'. ראו גם רובינשטיין ומדינה, סעיף 8.73.

201 רע"א 6709/98 **היועמ"ש נ' רשימת מולדת-גשר-צומת לבחירות לרשויות המקומיות**, פ"ד נג(1) 351, עמ' 359-360.

בפסק הדין בעניין **בשארה** חזר הנשיא ברק על עמדתו המצמצמת, הקוראת להתייחס ליסודות הגרעיניים של המונח גזענות. הוא שם דגש על יליבוי היצרים השיטתי על יסוד לאומי-אתני המביא איבה ומדנים ומעמיק תהום. קריאה לשלילה אלימה של זכויות, לביזוי שיטתי ומכוון של חלקי אוכלוסיה מוגדרים, המאובחנים לפי יסוד לאומי אתני.²⁰² הנשיא ברק בוחר דווקא להדגיש כי אין לזהות בין גזענות שבסעיף 7א לבין הגדרת הגזענות שבחוק העונשין.²⁰³

בעניין מרזל, ועדת הבחירות אישרה את השתתפותו בבחירות, נגד דעתו של היושב ראש. יו"ר הוועדה, השופט חשין, נשען בנימוקיו על כך שתנועת 'כך' עודנה חיה וקיימת, וכי פסקי הדין שניתנו כנגדה, ניתנו בשעה שברוך מרזל היה יד ימינו ועוזרו האישי של הרב כהנא. עמדתו הייתה כי יש די ראיות לכך שמרזל לא שינה את דרכיו, הוא אחד מראשי התנועה, והצהרותיו אינן אלא 'הסוואה של האמת' ואין לתת בהן אמון.²⁰⁴

על החלטת ועדת הבחירות לאשר את מועמדותו של מרזל הוגש ערעור, ודעות השופטים היו חלוקות. העותרים צידדו בנימוקי יו"ר ועדת הבחירות. הוכחת המשך פעילותה של 'כך' נסמכה על פסק הדין בעניין **בן גביר**,²⁰⁵ שנפסק בו כי יש זהות בין פעילות 'כך' לבין פעילות שהתנהלה במשרדים בירושלים שנתפס בהם חומר גזעני הקשור בשמו של מרזל.²⁰⁶ תשובתו של

202 **בשארה**, עמ' 25 (ברק מצטט מתוך **ניימן II** את היסודות שביססו את המסקנה בדבר הסתה לגזענות, ראו **ניימן II**, עמ' 197). למען הדיוק יש לציין כי בסופו של הדין משאיר ברק את שאלת פרשנותו של המונח גזענות בצריך עיון.

203 סעיף 144 א לחוק העונשין. ברק נותן שני טעמים: ראשית חוק היסוד מצוי ברמה חוקתית על-חוקית, ותוכנו לא נקבע לפי הוראות חוק רגיל. שנית התכלית של שני הסעיפים שונה. האחד נועד למנוע השתתפותם של רשימה או מועמד בבחירות. השני נועד להעניש את היחיד על מעשה משלו. **בשארה**, שם, שם. הנמקה זו אינה משכנעת שכן תכלית שתי ההוראות למנוע הסתה לגזענות והתפשטות דעות או מעשים גזעניים, כל אחת בדרכה ובמרחב משלה. למרות ההבדל בין ההוראות, הגזענות שמנסים למנוע היא אותה הגזענות.

204 **בשארה**, עמ' 57.

205 עע"מ 8342/02 **בן גביר נ' מפכ"ל משטרת ישראל**, פ"ד נז(1), 61.

206 **בשארה**, עמ' 53-55, 77-78. החומר כלל כרזות ומדבקות עם כתובות כגון 'כהנא צדק', 'אין ערבים – אין פיגועים', 'אז אנחנו או הם – יש פתרון: לגרש את האויב הערבי'; חומר כתוב ובו דברי הלל לברוך גולדשטיין, מבצע הטבח במערת המכפלה; וחומרים נוספים. בין החומר שנתפס נמצאו סרט מוקלט שנאמר בו כי מרזל הוא ראש הארגון, אתר אינטרנט שנאמר בו כי מרזל הוא מנהיג תנועת 'כך', מסמכים החתומים בשמו, ומספר הטלפון שלו על כרטיסי ביקור, שנועדו לאפשר למזדהים ליצור קשר עם הפעילים בתנועה.

מרזל הייתה כי שינה דרכיו, קיבל את השיטה הדמוקרטית, וכי אין במעשיו הקודמים כדי למנוע את מועמדותו. על חומר הראיות שנתפס אמר, כי עם הכרזה על התנועה כארגון טרור (1994), פסק מפעילותו בתנועה, וכל החומר שנתפס אינו עדכני, או שאינו קשור אליו.²⁰⁷

שופטי המיעוט היו מאוחדים בדעה כי אין לתת אמון בהצהרתו של מרזל כי שינה דרכיו, וכי אין די בהצהרתו כדי לשכנע כי אין לפוסלו.²⁰⁸

כאשר אדם מזוהה באופן כה ברור עם אידאולוגיה, שהוא מיצגה עשרות שנים, וכאשר הראיות מלמדות כי המשיך לפעול בדרכו הפסולה עד סמוך להצגת מועמדותו, ניתן לקבוע כי קמה נגדו חזקה עובדתית שהיא חזקת ההמשכיות...בנסיבות אלו היה על מרזל להצביע על צעד כלשהו שנקט כדי להביע בפומבי את התנתקותו מדרכה של 'כך'.²⁰⁹

שופטי הרוב דחו את הערעור, כל אחד מטעמיו הוא. הנשיא ברק הדגיש כי מדובר בהליך של ערעור, להבדיל מ'אישור', ולכן השאלה אם לתת אמון בהצהרתו של מרזל נתונה לוועדת הבחירות, והיקף הביקורת של בית המשפט מצומצם.²¹⁰ השופט אנגלרד נתן משקל מכריע להצהרתו של מרזל כי שינה דרכיו, זאת לאור חשיבות התשובה במשפט העברי, ובהתחשב בתכליתו של סעיף 7א הצופה פני עתיד ואין מטרתו להעניש.²¹¹ השופטת דורנר מצאה כי לא היו די ראיות על מנת לבסס עילת פסילה; וזאת גם אם אין מביאים בחשבון את הצהרתו. כמו כן קבעה כי הצטרפותו למפלגה חוקית מלמדת כי התחייב מעשית לקדם את מצעה החוקי, ולא את זה של תנועת 'כך'.²¹² לדעת השופט ריבלין יש להחיל מבחן הסתברותי ביחס לאפשרות מימוש כוונות המועמדים, ולפי כל מבחן מעין זה, גם הגמיש ביותר, לא היה מקום לפסול את מרזל.²¹³ ראוי לציין את גישתו של השופט אנגלרד כי להוכחת

207 שם, עמ' 55-56.

208 שם, שטרסברג-כהן, עמ' 78-80; לוי, עמ' 82; בייניש, עמ' 85-87; פרוקציה, עמ' 91. לוי ופרוקציה מדגישים את חוסר אמונם באופן פעולתה של ועדת הבחירות שקיבלה את הצהרתו של מרזל.

209 שם, בייניש, עמ' 85.

210 בית המשפט יבחן רק את סבירות ההחלטה. כיוון שההחלטה הייתה סבירה, לא יתערב בה בית המשפט גם אם הוא סבור אחרת. שם, ברק, פסקה 82. השופטים לוי וטירקל אינם מנמקים, ומצטרפים לדעת הרוב.

211 שם, עמ' 64.

212 שם, עמ' 99.

213 שם, עמ' 107-108.

העילות של הסתה לגזענות ותמיכה במאבק מזוין – העשויות לבסס אישומים פליליים – רמת הראיות שתידרש קרובה לרמה הנדרשת במשפט הפלילי.²¹⁴ נראה כי בדונו בעילה זו מקפיד בית המשפט לנקוט גישה מצמצמת, ולהתחשב בספק שעולה לטובת הרשימה או המועמד. כך לפי דעת הרוב בעניין מרזל, וכך בפסק הדין בעניין **יאסין** (ביחס לפסילת מפלגה לפי סעיף 5 לחוק המפלגות) שבית המשפט דחה בו את טענות העותרים כי חלק ממטרות מפלגת 'ימין ישראל' נגועות בגזענות. הנשיא ברק מציין כי מטרת המפלגה, להשלים 'חילופי אוכלוסיה שהוחל בהם בשלהי שנות הארבעים בקליטת רוב מניינם ובניינם של יהודי ארצות ערב' שתושג 'על ידי יישוב אויבי ישראל בארצותיהם',²¹⁵ היא בעייתית, אך ראוי לתת לה להיבחן 'בכור ההיתוך הפוליטי' לנוכח הצורך לתת פירוש מצמצם ודווקני, ובשל הצורך לפסול במקרים קיצוניים בלבד.²¹⁶

ב. הדין הרצוי

דווקא גישתו החיובית של בית המשפט המצמצם את גדרי העילה, עשויה להוות שיקול להסרתה – החשש מהענקת לגיטימציה בפועל (לגבי רוב הציבור שאינו קורא הנמקות) למה שאינו מספיק לפסילה, אבל ראוי בהחלט לגינוי.²¹⁷ הסתה לגזענות יכולה לכאורה להיכלל במסגרת עילה של 'שלילת האופי הדמוקרטי של המדינה'. עם זאת, אין זו גישה נקייה מספיק. תיתכן גם תפיסה דמוקרטית – וכזו היא התפיסה האמריקנית – שלפיה ראוי להגן גם על הסתה גזענית במסגרת חופש הביטוי.²¹⁸ ומכאן שאם רוצים בעמדה נורמטיבית ברורה ובהירה, יש מקום להתייחסות מפורשת נבדלת

214 שם, עמ' 63.

215 **יאסין**, לעיל הערה 14, עמ' 72.

216 שם, עמ' 72-73.

217 ראו גם חלק ב.1(ג) לעיל.

218 בשאלת היחס בין חופש הביטוי והביטוי הגזעני ראו דיון בע"פ 2831/95 **אלבה נ'**

מדינת ישראל, פ"ד נ (5), 221. השופט מצא סבור כי 'הביטוי הגזעני הוא חריג. הוא מצוי מחוץ לגדריה של תפיסת עולם דמוקרטית, ושערי חופש הביטוי נעולים בפניו (שם, עמ' 266-267). הנשיא ברק לעומת זאת סבור כי 'חופש הביטוי משתרע גם על חופש הביטוי הגזעני (שם, עמ' 296). ראו גם בבג"ץ **כהנא**, לעיל הערה 21, עמ' 282-283, 314-313, וכמו כן בעניין **בשארה** את דברי השופטת בייניש: 'אין לתיאוריה הגזענית מעמד בשוק הדעות המתחרות בהליך הדמוקרטי, לפיכך אין להביאה בגדר המתמודדים בשוק הדעות החופשיות במסגרת הערכים הדמוקרטיים שיש לאזן ביניהם בטרם נכריע בשאלת הפגיעה בזכות להיבחרי (עמ' 86).

להסתה לגזענות. ישנם טעמים נוספים המייחדים את ההסתה לגזענות מתופעות אנטי-דמוקרטיות אחרות: ראשית, בעצם ההסתה לגזענות יש פגיעה בכבוד האדם של מי שמשתייכים לקולקטיבים שהם מושא ההסתה. הפגיעה מתבטאת בשלילה או בפיחות של תכונת האדם מבני אדם בשל שיוכם הגזעי.²¹⁹ שנית, הסתה לגזענות עלולה להביא למעשים גזעניים – לפגיעות במי שמסיתים נגדם, בייחוד כאשר מדובר במי שנמנים עם קבוצות מיעוט – סכנה שהתממשה בעבר. הגבלת הביטוי הגזעני היא אמצעי למניעת התפשטות המחשבה הגזענית, העשויה בתורה להביא לידי מעשים גזעניים.²²⁰ יש להוסיף כי ההיסטוריה והגינוי העולמי מייחדים אף הם את הגזענות מתופעות אחרות.²²¹

השאלה היא האם לא די במשפט הפלילי להתמודד עם הסתה לגזענות. התשובה לדעתנו שלילית. הסכנה להתנהגות גזענית אינה נובעת מאקט בודד, שאתו המשפט הפלילי מסוגל להתמודד, אלא מיצירת אקלים גזעני. הסתה גזענית הנעשית באופן שיטתי ומאורגן על ידי רשימה פוליטית עלולה להיות יעילה ביצירת אקלים גזעני, ולכן היא מסוכנת במיוחד. אקלים גזעני עלול להיווצר לא רק עקב פרסומים מסיתים לגזענות אלא גם כתוצאה מפרסומים שתוכנם גזעני.

את הגדרת הגזענות אפשר לשאוב חלקית מהגדרת העברה של הסתה לגזענות.²²² יש לשים לב שהעברה של הסתה לגזענות דורשת שהעושה יפרסם מתוך מטרה להסית לגזענות, ולעומת זאת חסר בה אפיון אובייקטיבי של הפרסום. בפסילת רשימות סביר לשים דגש, בראש ובראשונה, על תוכן הדברים מבחינת תפיסתם והבנתם של נמעני הפרסום. יתר על כן, מתבקש לפרש את הביטוי 'הסתה לגזענות' כהנעה לעשייה גזענית, להבדיל מפרסום

219 מ' קרמניצר, 'פרשת אלבה: "בירור הלכות הסתה לגזענות"', **משפטים** ל (תשנ"ט), 105, עמ' 109-110.

220 D. Kretzmer, 'Freedom of Speech and Racism', 8 *Cardozo Law Review* 445 (1987), pp. 462-465.

221 ראו דברי השופטת בייניש: 'המורשת ההיסטורית של העם היהודי מחייבת אותנו שלא להכיר בתורה הגזענית כדעה שיש לה מעמד לגיטימי'. עניין **בשארה**, עמ' 86; סעיף 20(2) לאמנה בדבר ביעור כל צורות האפליה הגזעית, שישראל חתומה עליה, המחייבת את המדינות לנקוט את כל הצעדים, ובכלל זה חקיקה, הנדרשים לשם מיגור הגזענות. עם עליית הכהניזם, הפך האיום ממשי וחיבב למעשה גם חקיקה מעין זו. ראו עוד, איינהורן, לעיל הערה 57, עמ' 67-69.

222 סעיפים 144א, 144ב לחוק העונשין.

שתוכנו גזעני אך אין בו הנעה למעשה גזעני.²²³ על מנת להבטיח התמודדות ראוויה עם סכנות הגזענות, ראוי לאפשר פסילת רשימה הן על יסוד פרסומים מטעמה שיש בהם הנעה למעשה גזעני והן כאשר מטרותיה של הרשימה הן גזעניות.

6. תמיכה במאבק מזוין

א. הדין המצוי

עילה זו, שגם היא למעשה מקרה פרטי של 'שלילת קיום המדינה',²²⁴ נוספה בתיקון תשס"ב לחוק יסוד: הכנסת, ונדונה רק בפסק הדין בעניין **בשארה**. יו"ר ועדת הבחירות, השופט חשין, סבר כי 'ענייננו בתמיכה מוסרית [במאבק מזוין של ארגון טרור או מדינת אויב], בעידוד, בהצהרות תמיכה, בקריאה להצטרפות, בחיבוק'.²²⁵ השופט ברק הזכיר מספר יסודות הנכללים במושג 'תמיכה': לקיחת חלק בארגון המנהל מאבק נגד מדינת ישראל; תמיכה 'חומרית' בארגון; תמיכה 'פוליטית' הכוללת מתן לגיטימציה למאבק.²²⁶ השופט לוין קבע כי בהופעה פומבית במדינת אויב, כשהיא לעצמה, יש כדי לשמש תמיכה במדינת אויב או בארגון טרור.²²⁷ ביחס לח"כ בשארה, למרות הצהרתו כי הוא מתנגד לפיגועי טרור אלימים, אומרת השופטת שטרסברג-כהן כי 'מקבל הוא את בחירתם של רבים מתושבי ה"שטחים" בטרור כדרך להבעת "התנגדותם לכיבוש", והוא תומך בה תוך שהוא נמנע מלבקר את הבחירה האמורה'.²²⁸ דבריה אינם בהירים די צורכם, אך עולה מהם כי עצם ההימנעות מגינוי אחרים על בחירתם הם בדרך של טרור יכול שיהווה תמיכה. בין השופטים נחלקו הדעות האם עילה זו מחייבת תמיכה בארגון טרור מסוים, או שמא די בתמיכה בטרור ובמאבק מזוין באופן כללי. השופט ברק

223 רובינשטיין ומדינה מאמצים גם הם את הגדרת היזענות' שבחוק העונשין. בשונה מאתנו הם מאמצים גם את הגדרת ה'הסתה לגזענות' מתוך ויתור על היסוד הנפשי הנדרש, והסתפקות במבחן אובייקטיבי. לעיל הערה 112, סעיף 8.80.

224 **בשארה**, עמ' 76. מובן כי תמיכה במאבק מזוין כלשהו, שאינו של ארגון טרור או מדינת אויב, ייכלל בעילת 'שלילת קיום המדינה', או 'שלילת קיומה כמדינה דמוקרטית'.

225 דיוני ועדת הבחירות, לעיל הערה 153, עמ' 191.

226 **בשארה**, עמ' 27.

227 שם, עמ' 82.

228 שם, עמ' 74.

מביא מדברי יו"ר ועדת הבחירות, השופט חשין, הסבור כי התמיכה צריכה להיות ב'ארגון טרור ספיציפי'.²²⁹ מנגד, השופט שטרסברג-כהן נוקטת גישה מרחיבה, ומדבריה עולה כי די בתמיכה במאבק מזוין באופן כללי.²³⁰ בנוסף קבעה השופטת שטרסברג-כהן כי 'די בכך שמדינת ישראל הכריזה על הארגון כארגון טרור על פי סמכותה שבדין, על מנת לקבוע שאכן מדובר בארגון טרור'.²³¹

ב. הדין הרצוי

בראש ובראשונה יש להדגיש שעל התמיכה להתייחס למאבק מזוין של ארגון טרור או של מדינת אויב, ואין די בתמיכה פוליטית כללית בארגון שאינה מתייחסת למאבק המזוין שהארגון מנהל. כך עולה מלשון החוק ומכוונת המחוקק.²³² פרשנות זו מתיישבת היטב גם עם מגמת הצמצום המחויבת. כמו כן מגמת הצמצום תומכת בגישתם של השופטים חשין וברק בנוגע לתמיכה בארגון ספיציפי, מה גם שהספציפיות מעניקה משקל ומשמעות לתמיכה, החסרים בתמיכה כללית. לא מתיישבות עם מגמה זו הנטייה, העולה מדברי השופטת שטרסברג-כהן, לראות בהימנעות מגינוי הטרור תמיכה²³³ או ההרחבה שבעמדתו של השופט לוי.²³⁴ בנוסף, פרשנות מרחיבה הרואה בתמיכה פוליטית כללית גרדא עילה לפסילה, אינה עולה בקנה אחד עם פסיקת בית הדין האירופי לזכויות אדם. משתמע מפסיקתו שהעובדה שמפלגה מחזיקה במטרות שארגון טרור מבקש לקדם (ושאינן אנטי-דמוקרטיות), אינה עילה לפסילה כל עוד המפלגה אינה קוראת לאליומות.

229 שם, עמ' 32.

230 '...מעבר לתמיכתו בארגון טרור ספיציפי – החיזבאללה, תומך ח"כ בשארה במאבק הפלשתיני בישראל – בכללותו. מאבק זה מתבצע, כידוע, על ידי פיגועי טרור המבוצעים על ידי ארגוני טרור' (שם, עמ' 74). 'מרבית פעולות הטרור של תושבי השטחים מבוצעות במסגרת ארגוני טרור והתמיכה בפעולות האמורות כמוה כתמיכה בארגונים' (שם, עמ' 75).

231 שם, עמ' 73.

232 יו"ר ועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת, ח"כ פינס: 'הכוונה היא שיהיה ברור שהעילה לפסילה יכולה להיות לא תמיכה פוליטית בארגון טרור [כך במקור] שהוא דבר אמורפי באופן יחסי, אלא תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור נגד מדינת ישראל, דבר מאוד מעשי מוחשי וברור', פרוטוקול מס' 461 משיבת ועדת החוקה חוק ומשפט 30.4.2002. שאר משתתפי הדיון לא ביקרו את עמדתו.

233 לעיל טקסט לפני הערה 228.

234 לעיל טקסט לפני הערה 227.

גישתה של השופטת שטרסברג-כהן בנוגע להכרזת הממשלה על ארגון טרור כמספקת, אינה הכרחית. יש בה משום הרחבה של העילה, על דרך מתן כוח רב בידי הממשלה, והיא עלולה להוות בעתיד פתח לניצול לרעה. ראוי לאמץ פרשנות שונה שלפיה הכרזת הממשלה תהווה אינדיקציה בלבד או חזקה שאפשר לסתור.²³⁵

לכאורה אין מקום להתנגד להוספת עילת פסלות שעניינה יתמיכה במאבק מזוין נגד מדינת ישראל. לכאורה ברור כי לאויבי המדינה אין מקום בבית הנבחרים. ואף על פי כן, בחינה מדוקדקת של הסוגיה מעלה בעייתיות רבה, בייחוד ככל שהדברים אמורים בתמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור נגד מדינת ישראל. רק מי שמחזיק בעמדה הפשטנית שזכתה לעדנה בעקבות אירועי ספטמבר 2001, שטרור הוא טרור הוא טרור, וככזה הוא ירעי ובלתי קביל מכל בחינה, לרבות מבחינה מוסרית, לא יחוש בקשיים המתעוררים. נבהיר קשיים אלו במספר דוגמאות:

הבה נניח שהייתה קמה בזמנו מפלגה, הקוראת במצעה להוצאת כוחות צה"ל מדרום לבנון, וטוענת בין השאר כי הימצאות צה"ל בדרום לבנון מהווה הפרה של המשפט הבין-לאומי, פוגעת בריבונותה של לבנון, והמאבק המזוין נגדה הוא, לכן, לגיטימי. אפשר להתווכח עם תזה זו, אך מדוע נעלה על דעתנו כי יימנע ממפלגה זו להתמודד בבחירות ולבטא את דעתה?

הבה נניח כי אחד מארגוני ההתנגדות הפלשתיניים, הפועל לשם הפסקת שליטה של ישראל בשטחים הכבושים ובגורל תושביהם, היה מייחד את מאבקו המזוין למטרות צבאיות בלבד, ורשימה או מועמד היו מביעים דברי תמיכה במאבקו (כגון: 'לו היינו במקומם, היינו נוהגים כמותם').

לפי התפיסה הרשמית בישראל, זו תמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור. לפי תפיסה רווחת בעולם, אין מדובר בארגון טרור כלל. האם ברור כי יש לפסול מועמד בגין עמדה זו?

מזווית אחרת, הבה נניח כי רשימה כלשהי עוסקת (מבלי להסית לגזענות) בטרור נגד אזרחים פלשתינים. ההתמקדות במאבק מזוין נגד מדינת ישראל 'מכשיר' פוליטית את אותה הרשימה. האם תוצאה זו – הקשה כשלעצמה,

235 ראו גם טענת בל"ד כי סעיף זה בטל כיוון שהממשלה היא שמחליטה איזה הוא ארגון טרור, ולא יעלה על הדעת שגדרי פריסתו של החוק יפורשו על פי הכרזות הממשלה. דיוני ועדת הבחירות, לעיל הערה 153, עמ' 201.

ובעייטית הן מבחינת היחס לטרור והן מבחינת השוויון – מתקבלת על הדעת?

על הניתוק בין חקיקה זו וגישתו של בית המשפט כלפיה לבין המציאות בישראל ובאזור, אפשר ללמוד מדברי הנשיא ברק:

אכן הדמוקרטיה רשאית למנוע ממי שתומך במאבק מזוין נגדה מלהשתתף בבחירות. גם מי שסבור כי יש לצמצם את העילות למניעת השתתפות בבחירות מסכים כי הדמוקרטיה רשאית למנוע את השתתפותן של רשימות מועמדים, אשר נוקטות באלימות או תומכות באלימות כמכשיר לשינוי פני המשטר... דבר אחד הוא לשאוף לשנות הסדרים חברתיים באמצעות הכלים הלגיטימיים אשר הדמוקרטיה מעמידה לרשותה של רשימת מועמדים. דבר אחר הוא לשאוף לשינוי הסדרים באמצעות תמיכה במאבק מזוין נגד המדינה. פעילות זו חורגת מהמסגרת הדמוקרטית, והדמוקרטיה רשאית להתגונן בפניה.²³⁶

קשה להבין כיצד דברים אלו מתקשרים לטרור הפלשתיני. האם הטרור הפלשתיני הוא מאבק מזוין פנים-משטרי נגד הדמוקרטיה, המהווה מכשיר לשינוי פני המשטר הדמוקרטי? האם השיח הדמוקרטי רלוונטי בכלל לטרור הצומח מתוך אוכלוסייה שחיה תחת כיבוש, שמטרתו הישירה היא להביא לסיום מצב הכיבוש, מצב שאין סתירה גדולה מאשר זו שבינו לבין דמוקרטיה?

לבסוף, אחד מיעדיהם של ארגוני טרור הוא לצמצם את הפער המוסרי ביניהם לבין המדינה שנגדה הם לוחמים. פיחות בדמוקרטיה הישראלית כפי שמחולל התיקון לחוק היסוד, הוא בבחינת הישג לארגוני הטרור. מדוע להעניק להם הישג זה, שעה שגורמים הפועלים בדרך שיש בה לסכן את המדינה, חשופים ממילא לפסילה בעילת 'שלילת קיום המדינה' זאת ועוד, אם סבורה השופטת שטרסברג-כהן כי סעיף 7א(א)(3) מונע את ניצולה של הכנסת ואת זכויות היתר של החברים בה בידי גורמים עוינים המבקשים את מיגורה,²³⁷ מדוע לא להסתפק בהסרת החסינות או בסיוגה? דעתנו היא כי יש להסיר עילה זו, ולהסתפק בעילה הנוגעת לשלילת קיום המדינה, ובהוראות הרלוונטיות בדיון הפלילי.²³⁸

236 **בשורה**, עמ' 26.

237 שם, עמ' 68.

238 לדוגמה, סימן ב' לפרק ח' בחוק העונשין תשל"ז-1977 העוסק בהתאגדויות אסורות.

7. מבחני הסתברות

א. הדין המצוי

השאלה האם לשלב מבחן הסתברותי בפסילת רשימות, קרי לבחון את סיכויי התממשות הסיכון, ולא רק את קיומם של יסודות עילת פסילה, כבר עלתה בפסק דין **ירדור**. שם סבר השופט חיים כהן כי אין מקום לפסול רשימה אלא כדי למנוע יסכנה ממשית ברורה ומיידית לקיומה של המדינה.²³⁹ דעת הרוב לא התייחסה כלל לשאלה זו.²⁴⁰ בעניין **ניימן I** נמשך הוויכוח. השופטים בייסקי, ברק ושמגר גרסו כי יש לבחון את סיכויי הרשימה להגשים את מצעה, ולא להסתפק בהערכת תוכן הרשימה. ברק סבר כי המבחן הראוי הוא של 'אפשרות סבירה' להגשמת המצע.²⁴¹ שמגר הרחיק לכת וטען לפסילת רשימה רק במקרה של 'ודאות קרובה' להתממשות הסיכון.²⁴² דעתו של השופט אלון הייתה שבאימוץ מבחן הסתברותי, על בית המשפט לנתח הליכים חברתיים ואת הסתברותם של אירועים שבעתיד. 'משימה זו, שהיא בנויה כל כולה על שיקולים חברתיים-סוציולוגיים ושאינן בה משום הכרעה שיפוטית ולא כלום' – אין בית המשפט ערוך לה.²⁴³ לאחר חקיקת סעיף 7א נקבע בהלכת **ניימן II** כי הסעיף שולל החלתו של מבחן מסוג זה.²⁴⁴ בשל דחיית עמדתו, הציע הנשיא ברק להשתמש במבחן הסתברותי בפסילת מפלגות (לפי סעיף 5 לחוק המפלגות), המצריך גישה קפדנית יותר.²⁴⁵ גם עמדה זו לא התקבלה בהלכת **יאסין**.²⁴⁶

למרות ההלכה המוצהרת כי אין להזדקק למבחן הסתברותי, אפשר היה לזהות סימנים לקבלתו ביחס לעילת 'יהודיות' המדינה. בעניין **בן שלום** מסתמך שמגר דווקא על קביעתו ב**ניימן I** שאין להגביל זכויות יסוד, אלא

239 **ירדור**, עמ' 381.

240 דווקא הנשיא אגרנט הוא שטבע את מבחן סיכוי התממשות הסיכון ביחס לחופש הביטוי בבג"ץ 73/53 **קול העם נ' שר הפנים**, פ"ד ז (2) 871.

241 **ניימן I**, עמ' 310-313.

242 שם, עמ' 279. השופט בייסקי סבר כי 'הסובלנות בה דוגלת הדמוקרטיה מחייבת התאפקות גם מבחינת הזמן, עד אשר יבשיל אחד המבחנים בו נבחר, אך אין הוא מכריע איזה מבחן (שם, עמ' 327).

243 מוסיף השופט אלון: 'מציע אני, שאנו כשופטים נדיר עצמנו מלשמש כנביאים'. שם, עמ' 297.

244 **ניימן II**, עמ' 187.

245 **יאסין**, לעיל הערה 14, עמ' 67.

246 שם, עמ' 78. השופטת דורנר דוחה את עמדתו מפורשות, השופט חשין במשתמע.

מול ודאות קרובה של סכנה.²⁴⁷ השופט קדמי בפסק הדין בעניין **ארליך** קבע כי לשיטתו יש לשלול את הזכות להיבחר רק לנוכח סיכון ממשי.²⁴⁸ בפסק הדין בעניין **בשורה** שוב היו השופטים חלוקים בדעותיהם. הנשיא ברק סבר כי יש להחיל מבחן הסתברותי מכמה נימוקים. ראשית, על מנת למנוע פסילתן של רשימות קטנות, אשר חוסר יכולתן לממש את מצען הופך את הפסילה למיותרת, ועל מנת ליתן ביטוי לזהירות שיש להפעיל בנקיטת אמצעי זה. שנית, אמת מידה הסתברותית מאפשרת גמישות והתאמה למצבים שונים, והתחשבות במחסומים השונים הקיימים בדמוקרטיה הישראלית (רישום מפלגה והסרת החסינות, וביניהן פסילת רשימות). שלישית, גם מי שאינו גורס מבחן הסתברותי, מוצא את עצמו עם אמות מידה המובילות למבחן זה.²⁴⁹ לכן, אף שהוא משאיר זאת בצריך עיון, דעתו היא כי גם אם רשימה או מועמד עונים על אמות המידה של עילות הפסילה, עדיין אין לפוסלם אם אין הסתברות ממשית, סבירה או קרובה לוודאי כי יש בכוחם להביא לידי הגשמת רעיונותיהם. השופט ריבלין הציע להחיל מבחן משתנה שהוא מכנה 'מבחן תוחלת הנזק הצפוי'. ההסתברות הנדרשת להגשמת המצע על פי מבחן זה תשתנה בהתאם לעצמת הנזק הצפוי. למשל, במקרה של גזענות גסה וקיצונית אפשר יהיה להסתפק בהסתברות נמוכה, ולהפך, במקרה שהנזק הצפוי קטן, תידרש הסתברות גבוהה.²⁵⁰ השופטים לוין, שטרסברג-כהן, דורנר ומצא התנגדו למבחן הסתברותי. לדעת השופט לוין, מבחן כזה אינו עולה מלשון סעיף 7א, הוא לעתים בלתי אפשרי ליישום, ויאפשר לרשימות קטנות העונות על עילות הפסילה, להתמודד בכל זאת בבחירות.²⁵¹ השופטת שטרסברג-כהן גרסה כי אין להמתין ליום שרשימה העונה על תנאיה של עילת פסילה תצבור כוח, פן יהיה זה מאוחר מדי.²⁵² השופטת דורנר (בהסכמת השופט מצא) ביקשה לשים את הדגש על תוכן הראיות ולא על סיכויי התממשות. זאת משום שראשית, עצם ההתמודדות של רשימות ומועמדים ש'פעילותם הפוליטית סותרת בעליל את קיום המדינה,

247 **בן שלום**, לעיל הערה 10, עמ' 249. זאת למרות הלכת **ניימן II** שנכתבה על ידי הנשיא שמגר כמה חודשים לפני שניתן פסק דין **בן שלום**.

248 **ארליך**, לעיל הערה 105, עמ' 48.

249 **בשורה**, עמ' 21.

250 שם, עמ' 106-108.

251 שם, עמ' 81.

252 שם, עמ' 72-73.

אינה מתיישבת עם מהות רשויות השלטון.²⁵³ שנית, תכליתו של סעיף 7 היא גם להוקיע עמדות מסוימות כבלתי לגיטימיות ללא קשר לסיכוי התממשותן. החשש הוא כי הכרה בזכותה של הרשימה להתמודד בבחירות עלולה להעניק הכשר לתמיכה בעמדות הסותרות את עקרונות היסוד הדמוקרטיים או לשימוש באמצעים אלימים.²⁵⁴ שלישית, ייתכן שהערכת הסיכון היא בלתי אפשרית.²⁵⁵ השופט מצא נתן נימוק נוסף המתייחס לעילת ההסתה לגזענות: דווקא ככל שתוכן הפרסום קשה ובוטה יותר, תקטן ההסתברות שהפרסום יביא לתוצאה מזיקה.

בעמדת ביניים מצויה השופטת פרוקציה הסבורה כי 'הוקעתה של ההסתה לגזענות והוצאתה ממסגרת ההתמודדות הפוליטית הינם ערך העומד לעצמו, בלתי מותנה ובלתי מסויג, גם מקום שלא מתלווה הסתברות כלשהי למימוש הסיכון שהיא אוצרת בתוכה'.²⁵⁶ גישה דומה בהקשר זה, אף כי בנימוק הפוך, ביטא השופט גולדברג בהיותו יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתים-עשרה, כשקבע כי הסתה לגזענות נכנסת מאליה לתחום ההסתברות של הסכנה. בעילת 'שלילת קיום המדינה כמדינה יהודית דמוקרטית', סברה השופטת פרוקציה, שעמימותה ומורכבותה של עילה זו דורשת מעשה איזון בין חופש הביטוי וזכות ההתמודדות לבין שמירה על הסדר הציבורי. במסגרת איזון זה ייתכן שיש מקום לבחון את סיכויי התממשות היסודות השליליים. איזון דומה, לדעתה, צריך להיעשות גם בעילת התמיכה במאבק מזוין, אך בשל שיקולים שונים שאינה מפרטת.²⁵⁷

ב. הדין הרצוי

העילות השונות והיקפן השונה מחייבים התייחסות שונה. צודקת השופטת פרוקציה שהסתה לגזענות היא עניין שונה בגלל הרציונלים המיוחדים לה. הביטוי הגזעני פוגע כשלעצמו באנשים – בכבודם כבני אדם, ומוצדק, לכן,

253 שם, עמ' 96.

254 שם, עמ' 96-97; גביוון (תשמ"ז), עמ' 146; רובינשטיין ומדינה, לעיל הערה 112, סעיף 8.42, הערת שוליים 128.

255 **בשורה**, עמ' 96-98.

256 שם, עמ' 89-90. ביניש אינה דנה בשאלה בהרחבה אך נראה כי עמדתה דומה: 'הגזענות היא מסוג הנגעים שבידודם והרחקתם מהזירה הפוליטית והחברתית היא תנאי חיוני למניעת התפשטותה' (שם, עמ' 88). רובינשטיין ומדינה שותפים גם הם לעמדתה של השופטת פרוקציה: לעיל הערה 112, סעיף 8.79.

257 **בשורה**, עמ' 90.

למונעו. חלחול של השקפות ועמדות גזעניות עשוי להיות הדרגתי ואטי. ואולם דווקא משום שמדובר בפנייה אל דעות קדומות ואל מטענים רגשיים, קשה להתמודד עמה בכלים רציונליים וקשה לאמוד את מידת ההשפעה והיקפה. הנוק שעלול להיגרם על ידי תעמולה גזענית לערכים של כבוד האדם, שוויון, פלורליזם וסובלנות – עקב התגברות עמדות גזעניות בחברה – עלול להיות ניכר ובלתי הפיך. בעצם הפגיעה בתשתית הערכית הזו יש משום חתירה תחת יסודות הדמוקרטיה, שאין להתירה. מכאן, שבעילת ההסתה לגזענות אין מקום למבחן הסתברותי. גם מצע השולל את קיום המדינה מצדיק כשלעצמו פסילה בשל החשש שהוא עלול להביא אנשים לפעולה כנגד המדינה. תאורטית אפשר היה לדרוש מבחן הסתברותי לבדיקת ההשפעה של המצע על הציבור; אולם, מעשית, קשה עד מאוד לערוך בדיקה כזו, במיוחד בהתחשב בכך שמראש החשש הוא להשפעה בשוליים. רובינשטיין ומדינה סבורים כי גם בעילת התמיכה במאבק מזוין אין להתנות את הפסילה במבחן הסתברותי. לו היינו תומכים בהמשך קיומה של העילה – וכאמור עמדתנו היא כי עילה זו מוטב לה שתימחק – עמדתם הייתה מוצדקת.

עילות היהודיות והדמוקרטיות של המדינה אינן מצדיקות פסילה גופא ללא הוכחת אפשרות להתממשות הסיכון.

פסילת רשימות ומועמדים אך משום שאינם מחויבים אידיאולוגית לערכי היסוד של המדינה עשויה להוציא קבוצות מיעוט משמעותיות מן המשחק הפוליטי. כך, בני המיעוט הערבי, ברובם, אינם מבקשים לקדם את ערכי המדינה כמדינה יהודית. ואילו בקרב האוכלוסיה היהודית קיימות קבוצות שאינן מחויבות לערכי המדינה כמדינה דמוקרטית, הנוהגת בשוויון מלא באזרחיה הערבים.²⁵⁸

הצגה יפה זו של הבעייתיות הקשה הכרוכה בפסילת רשימות בישראל, מדגימה את הצורך בצמצום הפסילה בדרך של מבחן הסתברותי.²⁵⁹ זאת משום שיש 'קבוצות מיעוט משמעותיות' העלולות ליפול ללא מבחן הסתברותי לגדרי העילה של 'מדינה יהודית' או 'מדינה דמוקרטית', ובכך להביא לפגיעה קשה בדמוקרטיה. נראה כי הדרישות של נחיצות ומידתיות מחייבות מבחן הסתברותי של אפשרות ממשית להגשמת הסיכון. רובינשטיין

258 שם, השופט דורנר, עמ' 94.

259 על אף שדווקא דורנר מתנגדת למבחן הסתברותי.

ומדינה סבורים גם הם כי יש להחיל מבחן הסתברותי. לדעתם מבחן כזה מאפשר להתאים את המדיניות השיפוטית לצרכים המשתנים: 'אין דין החשש מהשתתפות של רשימה השוללת את אופייה הדמוקרטי של המדינה או את עצם קיומה בעתות שלום, כדין החשש בעתות חירום'.²⁶⁰

חשש מצבירת כוח על ידי גוף העוין את המדינה או את המשטר הדמוקרטי, גם אם קיים, אינו סיבה להניח לעצמנו לפעול על פיו. הפרופורציונליות מחייבת נקיטת צעדים הולמים. אין לנקוט צעדים דרמטיים כגון פסילת רשימה, בשלב שלא קיים סיכון ממשי שיעלה בידיה להגשים את מטרותיה. בנוסף, אין למעשה צורך דחוף בפסילה. צבירת כוח אינה נעשית ביום אחד. אם אכן רשימה (שאינה מהווה בינתיים סיכון) נכנסת לכנסת ומגדילה את כוחה, אפשר לפוסלה בבחירות הבאות, ואז תתמלא דרישת ההסתברות. מחשבה אופטימית אפשרית גם היא: ייתכן שאפשר יהיה להיאבק פוליטית ולהביס את הרשימה. ממאבק פתוח מעין זה, תצא הדמוקרטיה מחוזקת ואיתנה יותר.²⁶¹

מבחן הסתברותי, אם כן, הוא דרך ראויה לצמצום עילת הפסילה המבוססת על שלילת קיום המדינה כמדינה יהודית דמוקרטית, ולהקטנת הסיכוי לפסילה של רשימות וחברי כנסת ערבים ורשימות דתיות, יחד עם השארת אפשרות הפסילה במקרים קיצוניים ביותר.²⁶² העובדה שעמדנו של הנשיא ברק – הדורשת רמה של הסתברות לאפשרות ההגשמה המעשית – נדחתה, מהווה הרחבה לא רצויה של אפשרות הפסילה.

8. מועמד יחיד

האפשרות לפסול מועמד יחיד נתקבלה רק בתיקון האחרון לחוק. קודם לכן התפיסה השלטת הייתה שהכנסת ומערכת הבחירות מבוססות על רשימות או מפלגות, ולכן אלו בלבד עשויות להיות מועמדות לפסילה. פעולותיהם והתבטאויותיהם של חברי הרשימה הקרינו על הרשימה עצמה. הנשיא ברק הציג בהלכת **מולדת-גשר-צומת** אמות מידה הבאות לבחון מתי יש לפסול רשימה כאשר מועמד אחד בה מקיים את תנאי הפסילה. אמות מידה אלה

260 רובינשטיין ומדינה, סעיף 8.42.

261 ראו בג"ץ **כהנא**, לעיל הערה 21, עמ' 282-283.

262 לתמיכה במסקנה זו ראו רובינשטיין ומדינה, סעיף 8.42.

בחנו את מעמדו של החבר – האם בכיר או זוטרי; האם מדובר בהתבטאות או במעשים חד פעמיים, או חוזרים ונשנים; מספר חברי הרשימה השותפים לדעה; תגובת שאר חברי הרשימה – האם הסתייגו או אישרו בדיעבד את התנהגותו; המספר הכולל של חברי הרשימה.²⁶³

כעת, עם האפשרות לפסול מועמד יחיד, בחינה זו אינה מתייתרת. במרבית המקרים, אם מועמד יחיד נפסל, אך הגיוני הוא לבדוק האם פסילתו מקרינה על רשימתו. בעיקר במפלגות קטנות, נראה סביר כי פסילתו של מועמד מרכזי ברשימה תטה את הכף לטובת פסילתה של הרשימה כולה, ולהפך.²⁶⁴ מה אם כן כוחה של תוספת זו לסעיף 7א, ומה חולשתה?

ההוראה מאפשרת לעקור את הנגע הרע לבדו. גם אם סביר כאמור שייבחן היחס בין המועמד והרשימה, נותרת האפשרות כי הרחקת מועמד יתטהר את הרשימה, ותייטר את הצורך בפסילתה. כך למשל בעניינו של ח"כ טיבי בפני ועדת הבחירות: מרבית הטענות כנגד 'הרשימה הערבית המאוחדת' (חד"ש-תע"ל) נגעו למעשיו ולהתבטאויותיו של ח"כ טיבי (המייצג את תע"ל ברשימה זו). פסילת ח"כ טיבי לבדו ייתרה את הצורך בפסילת הרשימה כולה.²⁶⁵ מנקודת מבט הפוכה, עמדת יו"ר ועדת הבחירות, השופט חשין, בעניינו של מרזל מדגימה גם היא עניין זה. השופט חשין הצביע בעד פסילתו של מרזל, וביקש להתנגד לפסילת 'חרות'. הצבעת הוועדה בניגוד לעמדתו ביחס למרזל הביאה אותו לשנות את עמדתו ביחס ל'חרות'. העובדה כי רשימת 'חרות' כוללת את המועמד מרזל, מחזירה אותו לשאלה 'האם האיש האחד יחטא ועל כל העדה תקצוף?' בסופו של יום נמנע השופט חשין בהצבעה על פסילת 'חרות'.²⁶⁶

263 עניין **מולדת-גשר-צומת**, לעיל הערה 201, עמ' 363-364.
 264 ראו בעניין בשארה ובל"ד את עמדתה של השופטת שטרסברג-כהן: 'עמדותיו של בשארה הן עמדותיה של בל"ד, המפלגה כולה נסבה סביבו, התייחסויותיה לבשארה כמוהן כהתייחסות לבל"ד'. **בשארה**, עמ' 69.
 265 ראו למשל את דברי יהודה אבידן חבר ועדת הבחירות: 'אולי בכל אופן נוכל לקיים את ההצבעה על חד"ש לאחר שנראה מה קורה עם אחמד טיבי? זה ייתן לנו הרבה לגבי האופן שבו נחליט. אני לא רוצה להצביע עכשיו בעניין חד"ש נגד, או להימנע, או להצביע בעד. אני רוצה באמת לראות מה עושה אחמד טיבי? מה עושה הוועדה איתו? האם אנחנו פוסלים אותו? האם אנחנו משאירים אותו? כי הדבר משליך (דיוני ועדת הבחירות, לעיל הערה 153, עמ' 114). כמו כן יש לראות את חלוקת הקולות בהצבעות. ח"כ טיבי נפסל על ידי הוועדה בהצבעת 21:18. בהצבעה בעניין חד"ש-תע"ל, קול אחד בלבד, מתוך שלושים ושבעה קולות, הצביע בעד פסילה.
 266 **פרוטוקול מס' 16 משיבה מס' 361 של ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-16** מתאריך 29.12.02, עמ' 391-392, 395.

נראה, אפוא, כי לעתים דווקא פסילת מועמד אחד עשויה להיות מידתית יותר, ולסייע בצמצום היקף הפסילה ומשמעותה. במקרים גבוליים עשויה ההתמקדות בראש רשימה קטנה להציל דווקא את הרשימה כולה מפסילה, לעומת התמקדות ברשימה כולה שהייתה מניבה תוצאה הפוכה, על יסוד הצטברות מידע המתייחס לראש הרשימה יחד עם התבטאויות או מעשים של אחרים באותה רשימה. גם החלטת בית הדין האירופי לזכויות אדם בנוגע ל'מפלגה הדמוקרטית' (DEP) בטורקיה מובילה למסקנה זו: פירוקה של מפלגה לוקה בחוסר מידתיות, עת אפשר לנקוט פעולה נגד אדם יחיד במפלגה.²⁶⁷

חולשתה של הוראת סעיף 7א היא ביצירת סכנה של ניצול אמצעי זה לניגוח אדם מסוים, ובפגיעה הקשה יותר בחופש הביטוי, עת נבחן מועמד לגופו. קביעת עמדותיו של אדם מסוים קלה יותר לעומת הערכת עמדתם של חבר בני אדם, ובדרך זו יכול שיוסר אחד הבלמים הראייתיים שהציב בית המשפט מפני הפעלת סמכות הפסילה.²⁶⁸ זאת דווקא כאשר הסכנה קטנה יותר – פגיעתו של אדם בודד קטנה יותר מפגיעתה של קבוצה (רשימה או מפלגה). פרופ' אייל בנבנישתי גרס כי פסילת מועמד יחיד בידי ועדת הבחירות המרכזית עומדת בסתירה לסעיף 6 לחוק יסוד: הכנסת, המקנה זכות להיבחר לכל אדם, אלא אם נשללה זכותו בידי בית משפט. פגיעה זו בזכות להיבחר, אינה מתיישבת עם הרעיון של זכויות אדם מעוגנות, שהגבלתן תיעשה רק בידי בית משפט.²⁶⁹ עמדת פרופ' בנבנישתי התקבלה ובעקבותיה נקבע בתיקון החוק כי החלטה לפסול מועמד יחיד טעונה אישור של בית המשפט העליון.

במאזן הכולל, נראה שהשיקול של מידתיות מכריע לטובת האפשרות לפסול מועמד יחיד.

9. סמכות הפסילה והיקף הביקורת השיפוטית

מאז חקיקת סעיף 7א לראשונה, סמכות הפסילה נתונה בידי ועדת הבחירות המרכזית, המורכבת מחברי המפלגות המיוצגות בכנסת,²⁷⁰ באופן יחסי לגודלן

267 פסק הדין בעניין DEP, לעיל הערה 83.

268 רובינשטיין ומדינה, סעיף 8.45.

269 ראו פרוטוקול מס' 346 משיבת ועדת החוקה חוק ומשפט מיום 24.7.2001.

270 ועדת הבחירות מורכבת מחברי המפלגות ולא דווקא מחברי הסיעות.

בכנסת. בראש הוועדה יושב שופט בית המשפט העליון. שופטי בית המשפט הביעו את מורת רוחם מהעובדה שסמכות הפסילה נתונה בראש ובראשונה ליגוף פוליטי מובהק,²⁷¹ ואליהם הצטרפו אחרים.²⁷² ברור שמצב זה הוא חריג בולט בדיני מדינות העולם. במרבית המדינות סמכות הפסילה נתונה רק בידי בית משפט חוקתי או בידי ערכאה גבוהה אחרת.²⁷³

הפוליטיזציה של תהליך פסילת הרשימות, שנצפתה כאפשרות ממשית לפני עשרים שנה,²⁷⁴ היא עתה מציאות. ההצבעה בוועדת הבחירות היא פעמים מפלגתית.²⁷⁵ חברי הוועדה נוטים להתנגח במהלך הדיונים סביב עמדותיהם הפוליטיות ואינם מתמקדים בהוראות סעיף 7א והלכות בית המשפט העליון. רבים אינם קוראים את הראיות, וחלק מחברי הוועדה אינם מגיעים כלל לדיונים.²⁷⁶

הפקדת הנושא בידי נציגים פוליטיים, הלוקים במשוא פנים פוליטי מפלגתי ואינם אמונים על דיון שיפוטי ועל בחינת ראיות, מעצימה את החשש כי פסילת הרשימות תשמש ככוח פוליטי בידי המפלגות הקיימות להרחקת מתחרים. פסילת רשימה היא הכרעה מהחשובות, הרגישות והסבוכות במדינה דמוקרטית. בדיון כזה לא צריך להיות מקום לשיקולים

- 271 אלון בעניין **בן שלום**, עמ' 279; שמגר בעניין **נימן II** עמ' 194; ברק בעניין **בשארה**, עמ' 62-63; בייניש, שם, עמ' 86-87; פרוקצ'יה, שם, עמ' 92.
- 272 R. Cohen-Almagor, 'Disqualification of Lists in 1988 and 1992: A Comparative Analysis', in *Law, Justice and the State II* (M. Troper & M.M. Karlsson eds.), ARSP-Beiheft, Germany 1995, p. 88. בעמ' 95; בנדור, לעיל הערה 6, עמ' 293; גביון (תשמי"ז), עמ' 172.
- 273 למשל גרמניה, ספרד וטורקיה, ראו בפרק על משפט משווה, לעיל חלק ג.
- 274 גביון, עמ' 146, 155, 160, 164.
- 275 איתי בצלאל: 'אנחנו מחליטים לפי מועצת החכמים' (דיוני ועדת הבחירות, לעיל הערה 153, עמ' 364).
- 276 דב חנין: 'נדמה לי שהוועדה שיושבת כאן מבצעת תפקיד שהוא תפקיד מעין שיפוטי. זה נראה לי חיוני שלפחות בחלק הזה, של התייחסות עובדתית קצרה לדברים שהאנשים אמורים להתייחס ולהחליט לפיהם, ראוי שחברי הוועדה יהיו כאן וישמעו את הדברים, כי הם אמורים להחליט על בסיס זה'. היו"ר השופט מישאל חשין: 'האם אני יכול להכריח אותם להיות כאן?' (שם, עמ' 181); מיכאל קליינר: 'בשביל זה היושב-ראש ביקש שיהיה חומר בכתב. יוצאים מההנחה שכולם קראו את החומר הזה'. דב חנין: 'זו הנחה אופטימית. אני רוצה, לצערי, לחלוק על ההנחה האופטימית שחברי הוועדה קראו את החומר בכתב, מכיוון שגם השאלות שנשאלו פה, כולל השאלות של חבר הכנסת קליינר, מגיש הבקשה, הן שאלות שהוא היה מקבל תשובות ברורות עליהן אם הוא היה אכן קורא את החומר בכתב' (שם, עמ' 182). ראו גם בתחילת כל ישיבה ולעתים במהלכה את מספר חברי הוועדה השולחים ממלאי מקום.

פוליטיים, גם לא למראית עין. הפקדת הסמכות בידי גוף פוליטי בעיקרו פוגעת גם באמון הציבור בדמוקרטיה: הוצאה אל מחוץ למגרש הפוליטי הופכת להיות אקט 'חשוד', מבחינת היותו מושפע משיקולים פוליטיים לא ענייניים. אם כרטיס הכניסה למגרש הדמוקרטי אינו מבוסס על הכרעה עניינית, מה טיבו של המגרש בכללותו? זכות הערעור, גם אם היא מפחיתה את החשש, אין בה כדי ליטול את עוקצה של בעיה זו. העובדה שבשיטה זו בית המשפט נאלץ לבטל החלטות לא מעטות של נציגי הציבור מגבירה את החיכוך בין הרשות המחוקקת לבין הרשות השופטת.

העובדה שסמכות הפסילה נתונה לגוף פוליטי, מחדדת את שאלת היקף הביקורת של בית המשפט. בית המשפט העליון דן בערעור על החלטת ועדת הבחירות לפסול או לאשר רשימה, ומאשר פסילת מועמד יחיד. ההבדל בין ערעור לאישור נעוץ במתחם הסבירות הנתון לוועדת הבחירות. עמדתו של הנשיא ברק היא שבערעור, בית המשפט משמש כ'מבקר', כ'מפקח'. החלטת ועדת הבחירות תאושר אם היא סבירה, ובית המשפט לא יידרש לשאלה כיצד הוא היה מכריע בעצמו. בהליך אישור, להבדיל, בית המשפט הוא 'שותף' להחלטה, ויאשר את החלטת ועדת הבחירות אם הוא בעצמו יגיע לאותה החלטה. גישה מצמצמת ביחס להפעלת סעיף 7א עולה מעמדתו: במקרה שוועדת הבחירות החליטה לאשר מועמד או רשימה, בית המשפט יתערב בהחלטה במקרים נדירים ביותר.²⁷⁷ עוד סבור הנשיא ברק כי כשמדובר בשאלה האם לתת אמון בהצהרתו של מועמד, בית המשפט ייטה שלא להתערב, שכן הוועדה, כגוף מעין שיפוטי, היא שהתרשמה ישירות מהמועמד וממהימנותו.²⁷⁸ בשאלה אחרונה זו חולק על דעתו השופט לוין. לדעתו של השופט לוין אין כל משקל, בנסיבות העניין, להתרשמותם הבלתי אמצעית של חבריה הפוליטיים של ועדת הבחירות.²⁷⁹ השופטת בייניש, בניגוד לדעת הנשיא ברק ובדומה לעמדת השופט אלון בעניין **בן שלום**, סברה כי בית המשפט מוסמך להחליט כל החלטה שהוועדה הייתה רשאית להחליט, ותפקידו אינו מצטמצם לביקורת שיפוטית על הליך קבלת ההחלטה.²⁸⁰ לדעתה, הרכבה הפוליטי של הוועדה דורש את צמצומו של מתחם הסבירות שהיא פועלת בו. בהתאם, אין היא רואה הבדל בין הליך אישור והליך ערעור.

277 **בשארה**, עמ' 61. ראו גם בעניין **בן שלום**, עמ' 251.

278 **בשארה**, שם. ראו גם בעמ' 37.

279 שם, עמ' 81.

280 **בן שלום**, עמ' 279; **בשארה**, שם, עמ' 86.

לדעתנו, כתוצאה מהענקת סמכות הפסילה לוועדת הבחירות, היקף הביקורת של בית המשפט צריך להיות רחב. בית המשפט אינו צריך להסתפק בבחינת הליך קבלת החלטה וסבירותו, אלא צריך לבדוק, לגופו של עניין, האם נכון לפסול רשימה פלונית. מבחינת המצב הרצוי, נכון שהסמכות תהיה בידי של בית המשפט העליון. אם הסמכות לא תהיה בידי של בית המשפט העליון עדיף שהליך הפסילה ייעשה בידי גוף שיהיה מורכב מפוליטיקאים בדימוס ומשופטים בדימוס על פני המצב הקיים. במצב הקיים יש לעמוד על כך שחברי הוועדה יהיו קבועים וישתתפו הם עצמם בדיונים (ולא ממלאי מקום). כל עוד נותרת הסמכות בידי ועדת הבחירות המרכזית בהרכבה הנוכחי, רצוי לדעתנו לשנות את נוסח סעיף 7א, כך שבית המשפט יאשר את החלטתה הן לגבי פסילת מועמד יחיד והן לגבי פסילת רשימה. על החלטה לאשר רשימה או מועמד ידון בית המשפט בערעור בלבד.

סיכום

- פסילת רשימות היא אמצעי מוצדק רק כאשר היא מגנה מפני סיכון המדינה או סיכון למשטרה הדמוקרטית או מפני גזענות. אי לכך סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת צריך לכלול את עילות הפסילה הבאות: שלילה או איום על קיום המדינה, שלילה או איום על קיום המדינה כמדינה דמוקרטית, וכמו כן תעמולה גזענית בשל ייחודה של הגזענות. יש להזדקק לאמצעי זה במקרים קיצוניים בלבד בשל הפגיעה בהליך הדמוקרטי ובאגד זכויות של המועמדים. בעילת הפסילה הנוגעת לקיום המדינה כמדינה דמוקרטית יש לבחון את סיכויי התממשות הסיכון שמעמידה הרשימה, מעבר לכך שהיא מקיימת את יסודות העילה. יש לפסול רשימה רק אם יש אפשרות ממשית שיתממש הסיכון לדמוקרטיה.
- יש להסיר את עילת הפסילה הנוגעת לשלילת קיום המדינה כמדינה יהודית, כיוון שאינה מתיישבת עם אופייה הדמוקרטי של מדינת ישראל; היא מונעת דיון וליבון חופשי בשאלת זהותה של מדינת ישראל ופוגעת באזרחי ישראל הערבים. כל עוד נותרת על כנה עילה זו, יש לבחון את סיכויי התממשות הסיכון שמעמידה הרשימה, מעבר לכך שהיא מקיימת את יסודות העילה. יש לפסול רשימה רק אם יש אפשרות ממשית שיתממש הסיכון לייחודיות המדינה.
- יש להסיר את עילת הפסילה הנוגעת לתמיכה במאבק מזוין של ארגון טרור או מדינת אויב, בשל בעיות בהגדרתם של המושגים 'ארגון טרור' ו'תמיכה', וכיוון שעילה זו אינה נחוצה. עילת פסילה המגנה מפני סיכון המדינה יכולה לשמש לפסילת רשימה שתמיכתה במאבק מזוין של ארגון טרור או מדינת אויב מסכנת את המדינה.
- סמכות הפסילה אינה צריכה להיות בידי גוף פוליטי, וראוי שסמכות הפסילה תינתן לגוף שיפוטי. כל עוד נותרת הסמכות בידי ועדת הבחירות המרכזית, סמכות הביקורת של בית המשפט צריכה להיות רחבה, כך שתאפשר בחינה עניינית של החלטות הוועדה.
- על בית המשפט לדבוק בצמצום עילות הפסילה, לפסול במקרים קיצוניים בלבד, ולהימנע מרטוריקה עוינת כלפי רשימה או מועמד שלא נפסלו.

מקורות

- איינהורן ט', **הגבלת סיעה בעלת מצע גזעני על פי סעיף 7א לחוק יסוד: הכנסת**, ירושלים: האגודה הישראלית לבעיות הפרלמנטריזם, תשנ"ד-1993
- אלון מ', **יעיגון ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית**, **מחקרי משפט** יג (1996), עמ' 57
- אריאן א', די נחמיאס, די נבות, די שני, **הדמוקרטיה בישראל: דוח מעקב 2003 – פרויקט "מדד הדמוקרטיה"**, ירושלים: המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2003
- בנדור א', **יזכות המועמדות בבחירות לכנסת**, **משפטים** יח (1988), עמ' 269
- בר ע', **יחקיקה בנושא מפלגות במדינות דמוקרטיות**, **חוק המפלגות בישראל** (די אבנון עורך), ירושלים ותל אביב: המכון הישראלי לדמוקרטיה / הקיבוץ המאוחד, 1993, עמ' 17
- ברק-ארז ד' (עורכת), **מדינה יהודית ודמוקרטית: קובץ מאמרים**, תל-אביב: רמות, 1996
- גביון ר', **המדינה היהודית: הצדקה עקרונית ודמותה הרצויה**, **תכלת** 13 (תשס"ב), עמ' 50
- גביון ר', **ימדינה יהודית ודמוקרטית: זהות פוליטית, אידאולוגיה ומשפט**, **עיוני משפט** יט (תשנ"ה), עמ' 631
- גביון ר', **יעשרים שנה להלכת ירדור – הזכות לבחור ולהיבחר ולקחי ההיסטוריה**, **גבורות לשמעון אגרנט** (א' ברק ואח' עורכים), ירושלים תשמ"ז, עמ' 145
- הד ד', **יעל פי רוב?**, **סוגיות יסוד בדמוקרטיה הישראלית** (ר' כהן-אלמגור עורך), תל-אביב: ספרית פועלים, 1999, עמ' 77
- חריס ר', **ידמוקרטיה יהודית ופוליטיקה ערבית: תנועת "אל-ארד" בבית המשפט העליון**, **פלילים** י (תשס"ב-2001), עמ' 107
- מדינה ב', **יגבולות השיח במדינה יהודית ודמוקרטית: האם רשאי הרוב למנוע מן המיעוט לפעול לשינוי האופי היהודי של מדינת ישראל?** (לא פורסם, עותק בידי המחברים)
- מיל ג"ס, **על החירות**, ירושלים: חברה להוצאת ספרים על יד האוניברסיטה העברית, תש"ו

מרגולין ר' (עורך), **מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית**, רב שיח
ומקורות נלווים, ירושלים: האיגוד העולמי למדעי היהדות, תשנ"ט
פדהצור ע', א' פרליגר, 'האתגר של מפלגות קיצוניות למשטרים דמוקרטים:
ישראל כדוגמה', **תרבות דמוקרטית** 8 (תשס"ד-2004), עמ' 73
פלד י', 'זרים באוטופיה: מעמדם האזרחי של הפלסטינים בישראל', **תיאוריה
וביקורת** 3 (תשנ"ג), עמ' 21
קלגסבלד א', 'עבירה פלילית ומניעה מוקדמת', **פלילים** ב' (תשנ"ג), עמ'
240.
קרמניצר מ', 'פרשת אלבה: "בירור הלכות הסתה לגזענות"', **משפטים** ל
(תשנ"ט), עמ' 105
קרמניצר מ', ח' גאנים, **הסתה, לא המרדה**, ירושלים: המכון הישראלי
לדמוקרטיה, תשנ"ח-1997
רובינשטיין א', ב' מדינה, **המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל**,
מהדורה שישית (בדפוס)

פסקי דין - ישראל

רע"א 2316/96 **איזקסון נ' רשם המפלגות ואח'**, פ"ד נ (2) 529
ע"פ 2831/95 **אלבה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נ (5) 221
ע"ב 2600/99 **ארליך נ' יו"ר ועדת הבחירות**, פ"ד נג (3) 38
ע"מ 8342/02 **בן גביר נ' מפכ"ל משטרת ישראל**, פ"ד נז (1) 6
ע"ב 2/88 **בן שלום נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השתים-
עשרה**, פ"ד מג (4) 221
בג"ץ 2247/02 **בשארה נ' ארליך ואח'**, פ"ד נז (2) 587
בג"ץ 5364/94 **ולנר נ' "המערך" מפלגת העבודה**, פ"ד מט (1), 758
א"ב 11280/02 **ועדת הבחירות המרכזית לכנסת ה-16 נ' ח"כ טיבי, ח"כ
בשארה**, פ"ד נז (4) 1
רע"א, 7793, 7504/95 **יאסין ואח' נ' רשם המפלגות ואח'**, פ"ד נ (2) 45
רע"א 6709/98 **היועמ"ש נ' רשימת מולדת-גשר-צומת לבחירות לרשויות
המקומיות**, פ"ד נג (1) 351
ע"ב 1/65 **ירדור נ' ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית**, פ"ד יט (3)
365
בג"ץ 399/85 **כהנא נ' הועד המנהל של רשות השידור**, פ"ד מא (3) 255
ע"ב 2858/92 **מובשוביץ נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השלוש-עשרה**,
פ"ד מו (3) 541

- ע"ב 2,3/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה,
 פ"ד לט (2) 225
 ע"ב 1/88 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השנים-עשרה,
 פ"ד מב (4) 177
 בג"ץ 73/53 קול העם נ' שר הפנים, פ"ד ז (2) 871
 בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מנהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258
 ע"ב 2805/92 רשימת כך נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש-
 עשרה, תק-על 92(2) 1587

מסמכים ואמנות

- אמנה בין-לאומית בדבר ביעורן של כל הצורות של אפליה גזעית, **כתבי אמנה** 25, עמ' 547
 אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות 1966, **כתבי אמנה** 31, עמ' 269
 פרוטוקול מס' 338 משיבת ועדת החוקה חוק ומשפט מיום 11.7.2001
 פרוטוקול מס' 346 משיבת ועדת החוקה חוק ומשפט מיום 24.7.2001
 פרוטוקול מס' 461 משיבת ועדת החוקה חוק ומשפט מיום 30.4.2002
 פרוטוקול מס' 16 משיבה מס' 361 של ועדת הבחירות המרכזית לכנסת
 ה-16 מיום 29.12.2002
 פרוטוקול מס' 17 משיבה מס' 362 של ועדת הבחירות המרכזית לכנסת
 ה-16 מיום 30.12.2002
 פרוטוקול מס' 18 משיבה מס' 363 של ועדת הבחירות המרכזית לכנסת
 ה-16 מיום 31.12.2002
 דין וחשבון ועדת החקירה הממלכתית לבירור ההתנגשויות בין כוחות
 הביטחון לבין אזרחים ישראלים באוקטובר 2000, ירושלים: המדפיס
 הממשלתי, 2003
 European Convention for the Protection of Human Rights and
 Fundamental Freedoms, 1950, *ETS* no. 5

Cohen-Almagor R., 'Disqualification of Lists in 1988 and 1992:
 A Comparative Analysis', in *Law, Justice and the State II*,
 Troper M. & M.M. Karlsson (eds.), ARSP-Beiheft, Germany,
 1995, p.88

- Comella V.F., 'The New Regulation of Political Parties in Spain, and the Decision to Outlaw Batasuna', in A. Sajo (ed.), *Militant Democracy*, Utrecht: Eleven International Publishing, 2004, p. 13
- Fox G.H. & G. Nolte, 'Intolerant Democracies', 36 *Harv. International L.J* 1(1995)
- Fox G.H. & B.R. Roth (eds.), *Democratic Governance and International Law*, Cambridge University Press, 2000
- Frankenberg G., 'The Learning Sovereign', in A. Sajo (ed.), *Militant Democracy*, Utrecht: Eleven International Publishing, 2000, p. 113
- Kretzmer D., 'Freedom of Speech and Racism', 8 *Cardozo Law Review* 445 (1987)
- Mouffe C., 'The Limits of Liberal Pluralism', in A. Sajo (ed.), *Militant Democracy*, *ibid*, p. 69
- Rawls J., *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass.: The Belknap Press of Harvard University Press, 1971

פסיקה זרה

- A. v. Italy, Communication No. 117/1981
- Australian Communist Party v. Commonwealth (1951) 83 CLR
Communist Party Case, 5 Bverf GE 85
- Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1950)
- Sozialistische Reichspartei Case, 2 BVerfGE 1
- Tribunal Supremo, Sala Especial Art.61 L.O.P.J. Autos
acumulados nums. 6/2002, 7/2002
- 25141/94 Case of Dicle for the Democratic Party (DEP) of
Turkey v. Turkey (10.12.2002)
- 23885/94 Case of Freedom and Democracy Party (OZDEP) v.
Turkey (8.12.1999)
- 41340/98 Case of Refah Partisi (Prosperity Party) and Others v.
Turkey
- 21237/93 Case of the Socialist Party and Others v. Turkey
(25.2.1988)

19392/92 Case of the United Communist Party of Turkey v.
Turkey (30.1.1988)
22723, 22724, 22725/93 Case of Yazar, Karatas, Akosy, and the
People's Labour Party (HEP) v. Turkey (9.4.2002)

ניירות העמדה של המכון הישראלי לדמוקרטיה

1. **רפורמה בשידור הציבורי**
פרופ' ירון אזרחי, ד"ר עמרי בן-שחר וגבי רחל לאל (1997)
2. **עקרונות לניהול ולתקצוב על-פי תפוקות במגזר הציבורי**
פרופ' דוד נחמיאס ואלונה נורי (1997)
3. **הצעת חוק השב"כ: ניתוח משווה**
אריאל צימרמן בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר (1997)
4. **דתיים וחילוניים בישראל: מלחמת תרבות?**
פרופ' אביעזר רביצקי (1997)
5. **לקראת רפורמה מבנית במגזר הציבורי בישראל**
פרופ' דוד נחמיאס, מרל דנון-קרמזין ואלון יראוני (1997)
6. **היועץ המשפטי לממשלה: סמכות ואחריות**
ד"ר גד ברזילי ופרופ' דוד נחמיאס (1997)
7. **הסתה, לא המרדה**
פרופ' מרדכי קרמניצר וחאלד גנאים (1997)
8. **בנק ישראל: סמכות ואחריות**
פרופ' דוד נחמיאס וד"ר גד ברזילי (1998)
9. **השתלבות קבוצות "פריפריה" בחברה ובפוליטיקה בעידן שלום: א. החרדים בישראל**
פרופ' מיכאל קרן וד"ר גד ברזילי (1998)
10. **מבקר המדינה: סמכות ואחריות**
ד"ר גד ברזילי ופרופ' דוד נחמיאס (1998)
11. **חופש העיסוק**
פרופ' מרדכי קרמניצר, ד"ר עמרי בן-שחר ושחר גולדמן (1998)
12. **הפריימריס המפלגתיים של 1996 ותוצאותיהם הפוליטיות**
גדעון רהט ונטע שר-הדר (1998)

13. **השסע היהודי-ערבי בישראל: מאפיינים ואתגרים**
פרופ' רות גביזון ועסאם אבו-ריא (1999) הופיע גם בערבית
14. **100 הימים הראשונים**
פרופ' דוד נחמיאס וצוות המכון הישראלי לדמוקרטיה (1999)
15. **הרפורמה המוצעת במערכת בתי המשפט**
שחר גולדמן בהנחיית פרופ' רות גביזון ופרופ' מרדכי קרמניצר (1999)
16. **תקנות ההגנה (שעת חירום) 1945**
מיכל צור בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר (1999)
17. **חוק ההסדרים: בין כלכלה ופוליטיקה**
פרופ' דוד נחמיאס וערן קליין (1999)
18. **פסיקת הלכה בשאלות מדיניות**
פרופ' ידידיה צ' שטרן (1999)
19. **הרבנות הממלכתית: בחירה, הפרדה וחופש ביטוי**
איל ינון ויוסי דוד (2000)
20. **משאל-עם: מיתוס ומציאות**
דנה בלאנדר וגדעון רהט (2000)
21. **השסע החברתי-כלכלי בישראל**
איריס גרבי וגל לוי בהנחיית פרופ' רות גביזון (2000)
22. **מדינה משפט והלכה – א. מנהיגות ציבורית כסמכות הלכתית**
פרופ' ידידיה צ' שטרן (2000)
23. **מעברי שלטון בישראל: השפעות על מבנה הממשל ותפקודו**
פרופ' אשר אריאן, פרופ' דוד נחמיאס ודורון נבות (2000)
24. **העדפה מתקנת בישראל: הגדרת מדיניות והמלצות לחקיקה**
הילי מודריק-אבן-חן בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר ופרופ' דוד נחמיאס (2000)
25. **הטלוויזיה הרב-ערוצית בישראל: ההיבט הציבורי**
פרופ' ירון אזרחי, ד"ר זוהר גושן וגבי חני קומנשטר (2001)

26. זגמים של שיתוף אזרחים

אפרת וקסמן ודנה בלאנדר בהנחיית פרופ' אשר אריאן (2002)

הכנס הכלכלי התשיעי – יוני 2001

מנהל הכנס והעורך: פרופ' ראובן גרונאו

27. אסטרטגיה לצמיחה כלכלית בישראל (2002)

28. אי-שוויון בישראל: חצי הכוס הריקה וחצי הכוס המלאה (2002)

29. הרפורמה במערכת הבריאות: עבר ועתיד (2002)

30. המדיניות המקרו-כלכלית לשנים 2001–2002 (2002)

31. מדינה, משפט והלכה – ב. עושר שמור לבעליו לרעתו: מקומם של

המשפט ושל ההלכה בחברה הישראלית.

פרופ' ידידיה צ' שטרן (2002)

32. חקיקה פרטית

דנה בלאנדר וערן קליין בהנחיית פרופ' דוד נחמיאס (2002)

הכנס הכלכלי העשירי – יולי 2002

מנהל הכנס והעורך: פרופ' ראובן גרונאו

33. איום ביטחוני ומשבר כלכלי (2002)

34. הגלובליזציה (2002)

35. מדיניות הפנסיה (2002)

36. המדיניות המקרו-כלכלית לשנים 2002–2003 (2002)

37. רגולציה – הרשות המפקחת

אורי ארבל-גנץ בהנחיית פרופ' דוד נחמיאס ופרופ' ידידיה צ' שטרן

(2003)

38. **רגשות דתיים, חופש הביטוי והמשפט הפלילי**
 (בשיתוף עם קרן קונרד אדנאואר)
 פרופ' מרדכי קרמניצר, שחר גולדמן וערן טמיר (2003)
39. **דת ובג"ץ: דימוי ומציאות א. פרסום "מנוף – המרכז למידע יהודי" במבחן הביקורת**
 ד"ר מרגית כהן, ד"ר אלי לינדר ופרופ' מרדכי קרמניצר (2003)
40. **האומנם מדינת כבוד האדם?**
 אלוף הראבן (2003)
41. **פורנוגרפיה – מוסר, חירות, שוויון: הצעה לתיקון האיסור על פרסום והצגת תועבה, ועבירות קרובות**
 רם ריבלין בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר (2003)
42. **המשמעות הפוליטית והחברתית של פינוי יישובים ביש"ע**
 יאיר שלג (2003, מהדורה שנייה 2004)
- הכנס הכלכלי האחד-עשר – יולי 2003**
 מנהל הכנס והעורך: פרופ' ראובן גרונאו
43. **המדיניות המקרו-כלכלית לייצוב המשק ולצמיחה (2003)**
44. **הצעה לארגון מחדש של החינוך הציבורי בישראל על בסיס ביזור ואיזור (2003)**
45. **אמינות ושקיפות במשק (2003)**
46. **מערכת ההשכלה הגבוהה לעשור הקרוב (2003)**
47. **המונופוליסט כקרובן: על זכויות חוקתיות בדיני ההגבלים העסקיים**
 עדי אייל בהנחיית ידידיה צ' שטרן ודוד נחמיאס (2004)
48. **מדינה, משפט והלכה – ג. דת ומדינה: תפקידה של ההלכה**
 ידידיה צ' שטרן (2004)
49. **זכויות חברתיות בחוקה ומדיניות כלכלית**
 אבי בן בסט ומומי דהן (2004)

50. האם תיתכן מדינת הלכה? הפרדוקס של התאוקרטיה היהודית
אביעזר רביצקי (2004)

51. יהודים שלא כהלכה: על סוגיית העולים הלא-יהודים בישראל
יאיר שלג (2004)

הכנס הכלכלי השנים-עשר – יולי 2004
מנהל הכנס והעורך: פרופ' ראובן גרונאו

52. המדיניות המקרו-כלכלית: הקטנת האבטלה וצמצום הפערים
(2004)

53. שינויים במבנה השווקים והמתווכים הפיננסיים ובמערכת הפיקוח
(2004)

54. יחסי עבודה בעידן של תמורות (2004)

55. רפורמה בשלטון המקומי: ביזור לראויים ואבזור לנחשלים (2004)

56. סודות רשמיים: הצעה לתיקון האיסור הפלילי
מרדכי קרמניצר ואפרת רחף (2005)

57. דת ובג"ץ: דימוי ומציאות: ב. מודל תלת-ממדי למדידת אקטיביזם
שיפוטי
מרגית כהן, מרדכי קרמניצר, אלי לינדר ואביטל בגין (2005)

58. לוחמים בלתי חוקיים או חקיקה בלתי חוקית?
הילי מודריק אבן-חן בהנחיית פרופ' מרדכי קרמניצר (בדפוס)

59. פסילת רשימות
מרדכי קרמניצר (2005)

● **الصدع العربي اليهودي في إسرائيل: مميزات وتحديات**
الاستاذ عصام ابو ريا البروفيسورة روت جبيزون

- 1E **Religious and Secular Jews in Israel: A Kulturkampf?**
By Prof. Aviezer Ravitzky (2000)
- 2E **State, Law, and Halakhah: Part One – Civil Leadership as Halakhic Authority**
By Prof. Yedidia Z. Stern (2001)
- 3E **Incitement, Not Sedition**
By Prof. Mordechai Kremnitzer and Khalid Ghanayim (2002)
- 4E **State, Law and Halakhah: Part Two – Facing Painful Choices**
Law and Halakhah in Israeli Society
By Prof. Yedidia Z. Stern (2003)
- 5E **The Political and Social Ramifications of Evacuating Settlements in Judea, Samaria and the Gaza Strip**
By Yair Sheleg (2004)
- 6E **State, Law and Halakhah: Part Three – Religion and State**
The Role of Halakhah
By Prof. Yedidia Z. Stern (2004)

be realized. This condition should be applied also in the framework of disqualification concerning the existence of the state as a democracy. Only a racist party platform or one that negates the state's right to exist would justify disqualification by virtue of its platform and activities, without any additional test of likelihood.

Finally, the ground for disqualification based on support for armed struggle by a terrorist organization or a hostile state should be deleted, because of the difficulties involved in defining the terms "terrorist organization" and "support" and because this ground for disqualification is already covered by the ground related to endangerment of the state.

The power to disqualify should not be in the hands of a political body, and it is fitting that this power be in the hands of a judicial body. However, so long as the power is held by the Central Elections Committee, the Court's supervisory power must be broad, so as to enable a substantive examination of the Committee's decisions. The Court itself must retain its restrictive approach to grounds for disqualification, and ratify disqualification only in extreme cases. It should also refrain from hostile rhetoric towards any list or candidate which has not been disqualified.

disqualifications, however, in relatively young democracies that have experienced a period of authoritarian rule. A common denominator among those countries is the type of grounds for disqualification – these include threats to the adoption of a platform seeking to inflict damage on the state's existence, or support for the use of violence, and for damage to the democratic nature of the regime. There is no analogy in these countries to the aspect of Israeli law which allows for disqualification based on opposition to the country's Jewish character.

The position of the European Court of Human Rights is that public debate of political goals is inherent in the nature of democracy, even if these goals are disputed and even if the debated goals challenge the structure and character of the existing state; the goals which may be debated include a recognition of a national minority which is entitled to self-determination and to carry on a struggle to achieve it. A call for fundamental change in the nature of the state cannot be considered a ground for disqualification from the political process, as long as the means are legal and democratic, and provided that the goals that a party wishes to promote are consistent with basic democracy.

Disqualification should only be implemented in extreme cases, because it inflicts damage on the democratic process and on the totality of the candidates' rights.

We believe that the disqualification of candidates' lists is justified only when it protects against danger to the state or the democratic regime or against racism. The ground for disqualification based on the negation of Israel's existence as a Jewish state should be removed, since it is inconsistent with the democratic nature of the state, inhibits free discussion regarding the question of the identity of the State of Israel and can offend Israel's Arab citizens. So long as this ground remains in place, a list should be disqualified only if there is a real possibility that the threat to the Jewish nature of the state could

of the Arab Balad list and against the disqualification of its Knesset members, Azmi Bishara and Ahmed Tibi. It also ruled, by a majority vote, against the disqualification of Baruch Marzel, who had in the past been a leader of the Kach movement.

This paper presents the principal constitutional questions regarding the issue of the disqualification of lists, together with a discussion of the existing law and the desirable law. Beginning with the *Neiman I* case (1984) and continuing through its decision in the *Bishara* case (2003), the Court has been taking a restrictive approach regarding the disqualification of lists, while focusing on the core characteristics of each ground for disqualification. The Court has held that intentions of a political character that are purely theoretical are insufficient for disqualification. To be disqualified, the candidates' list must repeatedly be seen to work towards the realization of its goals the strength of which are given serious and extremist expression. The evidence of the constitutional purposes must be clear, persuasive and unequivocal.

Nevertheless, the Court has not demonstrated consistency or decisiveness in its restrictive approach towards disqualifications. The Court refrained from applying a test of actual risk (of the list achieving its purposes); several of the judges in the *Bishara* case were satisfied with examining the purposes of his list and they gave the term "actions" a very broad definition; several of the judges did not examine each ground for disqualification separately but combined the various grounds in a manner that left unclear the question of whether the required standard of proof had been met regarding each individual ground. Most of the judges saw nothing wrong with relying on secret evidence presented *in camera*.

A comparison to other legal systems shows that in the older democracies, which are well-established and self-confident, there is generally no concept of value-based disqualifications, either of candidates or of political parties. There are such

Summary

Disqualification of Lists

by Prof. Mordechai Kremnitzer

The subject of this position paper is the disqualification of lists and of candidates who seek to be elected in a democratic process. The grounds given for such disqualification are anchored on value-based positions held by these lists and candidates which endanger the existence of the state or its fundamental values. This is a constitutional issue of the highest degree of importance; at its core is a frontal conflict between democratic values and political freedoms – a conflict between the right to vote and to be elected, versus the right of a society to protect itself against existential and other threats.

A candidates' list was disqualified for the first time in Israel, in 1965 in the context of the *Yardor* case. In 1984, in the *Neiman I* case, the Supreme Court approved the participation of two left- and right-wing extremist parties by determining that only an allegation regarding a party's negation of the State of Israel's existence could lead to the disqualification of its candidates' list. In response, the Knesset enacted section 7a to Basic Law: The Knesset, which established grounds for disqualification. It was by virtue of this section that the Kach party and the parties that followed it were disqualified. The section was amended in 2002. Some of the grounds for disqualification were changed, and the amendment also allowed for the disqualification of an individual candidate. Today the grounds for disqualification consist of a party's or a candidate's negation of the existence of the State of Israel as a Jewish and democratic state, incitement to racism or support of an armed struggle against the State of Israel by a hostile state or a terrorist organization. In 2003, a majority of the Supreme Court ruled against the disqualification